

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TUTELA JURISDICIONAL
COLETIVA**

SURAIA GONÇALVES DE OLIVEIRA MIRANDA

Rio de Janeiro

2017

SURAIA GONÇALVES DE OLIVEIRA MIRANDA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TUTELA JURISDICIONAL
COLETIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Luigi Bonizzato**

Rio de Janeiro

2017

CIP - Catalogação na Publicação

Mp

MIRANDA, Suraia Gonçalves de Oliveira
A proteção dos Direitos Sociais através da tutela
jurisdicional coletiva / Suraia Gonçalves de
Oliveira MIRANDA. -- Rio de Janeiro, 2017.
87 f.

Orientador: Luigi Bonizzato.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Direitos sociais. 2. tutela jurisdicional
coletiva. 3. reserva do possível. 4. mínimo
existencial. 5. ações constitucionais. I. Bonizzato,
Luigi, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

SURAIA GONÇALVES DE OLIVEIRA MIRANDA

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS ATRAVÉS DA TUTELA JURISDICIONAL
COLETIVA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Luigi Bonizzato

Data da aprovação ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017 / 2º. Semestre

Meus agradecimentos ao Prof. Dr. Luigi Bonizzato, por sua orientação segura, tranquila e esclarecedora, bem como por sua gentileza e disponibilidade.

Meus agradecimentos a todos os meus irmãos, Adriana, Renato, Emilene, Meira (“*in memoriam*”), Yasmim, Dorinha e Kênia, que, mesmo estando distantes lá no Rio Grande do Sul, sempre torcerem por mim, sempre me incentivaram e sempre me desejaram o bem.

Aos meus pais, José Luiz e Marilene, por terem me dado a vida, o bem maior.

À Marlene, minha tia querida, que sempre foi um exemplo de dignidade, de mulher negra forte e batalhadora, e que sempre me acolheu, me incentivou, e me amou.

Ao Thiago Miranda, meu amor, meu marido, que sempre está a meu lado, me amando e me dando apoio seguro, forte, constante e incondicional.

Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, por que eles serão saciados; bem-aventurados os misericordiosos, porque eles alcançaram misericórdia; bem-aventurados os limpos de coração, porque eles verão a Deus; bem-aventurados os pacificadores, porque eles serão chamados filhos de Deus; bem-aventurados os que sofrem perseguidos por causa da justiça, porque deles é o Reino dos céus.

(Mateus 5:6-10)

RESUMO

A possibilidade da proteção dos direitos sociais através da tutela jurisdicional torna-se relevante atualmente, principalmente devido a grave crise social do país, aos altos índices de miserabilidade e à exclusão social, e por outro lado a atuação insuficiente do Poder Público para a resolução de tais problemas. Analisando a lei, a doutrina e a jurisprudência relacionados ao tema, o presente trabalho apresenta o regime jurídico dos direitos sociais e a possibilidade de sua proteção mediante tutela jurisdicional, com ênfase nas ações coletivas, pois, conforme será demonstrado, parecem constituir o meio processual mais adequado para tal finalidade. E ainda, para a análise deste tipo de tutela jurisdicional, torna-se imprescindível a abordagem de certos aspectos que o circundam, como o neoconstitucionalismo, o Poder Público e políticas públicas, a legitimidade democrática do judiciário para a tutela dos direitos sociais, o ativismo judicial e alguns parâmetros de atuação, alguns limites pertinentes à intervenção do Judiciário, o princípio da Razoabilidade, a reserva do possível, a universalização e o Princípio da Igualdade e determinadas críticas relevantes ao controle jurisdicional das políticas públicas. Logo após, são apresentados aspectos relativos à tutela jurisdicional coletiva, como características, o microssistema processual coletivo, legitimidade ativa e a coisa julgada coletiva. Por fim, apresentam-se as principais ações constitucionais que podem ser utilizadas na busca de proteção judicial dos direitos fundamentais sociais: a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

Palavras-chave: Direitos Sociais, reserva do possível, mínimo existencial, tutela jurisdicional coletiva, ações constitucionais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1 – DOS DIREITOS SOCIAIS	14
1.1 Os direitos sociais como direitos fundamentais e seu regime jurídico na Constituição Federal	14
1.2 A titularidade e destinatários dos direitos sociais.....	17
1.3 O problema da eficácia e efetividade das normas de direitos sociais e sua exigibilidade como direito a prestações	18
2 - MUDANÇAS DE PARADIGMA NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.1. O neoconstitucionalismo	20
2.1.1 Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais, Poder Público e políticas públicas ...	23
2.2 Legitimidade democrática do judiciário para a tutela dos direitos sociais	24
2.3 Do individual ao Coletivo	25
2.4 O ativismo judicial e parâmetros de atuação	26
2.4.1 Limites à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas: a garantia do mínimo existencial	28
2.4.2 O Princípio da Razoabilidade	29
2.4.3 A reserva do possível.....	30
2.4.4 A universalização e o Princípio da Igualdade	31
2.5 Críticas ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas	32
2.5.1 Críticas quanto à teoria da Constituição	32
2.5.2 Críticas de natureza filosófica	34
2.5.3 Críticas operacionais.....	35
3 - DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA	38
3.1 - Características da tutela jurisdicional coletiva, no modelo de ações coletivas	39
3.2 – O microssistema coletivo	40
3.3 As ações coletivas como instrumento mais adequado para a tutela dos direitos sociais	42

3.4 – Legitimidade ativa na tutela jurisdicional coletiva.....	43
3.4.1 - O Cidadão.....	44
3.4.2 - O Ministério Público	45
3.4.3 – Associações	47
3.4.4 – A Administração Pública.....	49
3.4.5 – A Defensoria Pública.....	50
3.4. 6 – Legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo.....	51
3.4.7 – Legitimidade ativa na Ação de Improbidade Administrativa.....	53
3.5 –A Coisa Julgada	54
3.5.1 Coisa julgada coletiva nas ações sobre direitos difusos e coletivos	56
3.5.2 Coisa julgada coletiva nas ações sobre direitos individuais homogêneos.....	57
4 - PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA PARA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS	58
4.1 – Ação popular	59
4.1.1 – Legitimidade Ativa na Ação Popular	60
4.1.2 – Legitimidade Passiva na Ação Popular	61
4.1.3 – Os atos passíveis de invalidação pela Ação Popular	62
4.1.4 – Competência	63
4.1.5 – O Procedimento	65
4.2 Ação civil pública.....	67
4.2.1 Direitos tutelados pela ação civil pública	68
4.2.2. Competência	70
4.2.3 Legitimados ativos na Ação Civil Públicas	72
4.2.3.1 Legitimidade Ativa do Ministério Público	73
4.2.3.2 Legitimidade ativa da Defensoria Pública.....	74
4.2.3.3 A legitimidade ativa das pessoas jurídicas da Administração Pública.....	74
4.2.3.4 A legitimidade ativa dos sindicatos e associações.....	75

4.2.4 Litisconsórcio ativo formado por diferentes Ministérios Públicos.....	76
4.2.5 O inquérito civil público.....	76
4.3 Mandado de Segurança Coletivo.....	78
4.3.1 Desenho constitucional e infraconstitucional.....	78
4.3.1 Legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo.....	79
4.3.2 A coisa julgada do mandado de segurança coletivo.....	80
4.3.3 Demais aspectos	81
CONCLUSÃO.....	82
BIBLIOGRAFIA.....	85

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as características dos direitos sociais, a fim de compreender a possibilidade da tutela jurisdicional coletiva desses direitos, visando exigir judicialmente do Estado prestações positivas para sua implementação, inclusive por intermédio de implantação de políticas públicas. Diante disso, necessário se faz o estudo da evolução dos mecanismos processuais voltados a garantir a efetivação dos direitos fundamentais. A ênfase do estudo serão os principais instrumentos de proteção aos direitos coletivos, inseridos na Constituição Federal de 1988, tais como a Ação Civil Pública, a Ação Popular e o Mandado de Segurança Coletivo, mecanismos processuais que constituem garantias fundamentais essenciais à proteção das normas constitucionais e sua aplicabilidade.

A partir da promulgação da Constituição Federal, em 1988, instaura-se um novo período para o Direito Constitucional no Brasil. O novo ordenamento jurídico foi definido baseado no texto constitucional dotado de força normativa, no qual vários direitos humanos foram positivados e, desse modo, passaram a ser assegurados como direitos fundamentais, essenciais à garantia e à promoção da dignidade humana. Por conseguinte, a Constituição Federal garante ao indivíduo a possibilidade de exigir judicialmente prestações estatais, o que justifica a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, para requer que a função estatal seja devidamente executada, para que realize tanto a proteção negativa (no sentido de não cercear liberdades individuais) como o seu dever prestacional (dimensão positiva), o que, em determinadas circunstâncias, impõe uma ação necessária à concretização de determinados direitos, em especial os direitos sociais. Desse modo, é dever do Estado um comportamento que garanta os direitos fundamentais sociais, agindo em sua defesa, buscando a sua concretização, seja em um agir positivo (prestacional) ou negativo (de não intervenção)¹.

Se por um lado a própria Constituição Federal confere aplicabilidade imediata a todos os valores consagrados em seu texto, por outro temos que admitir que certos direitos, mesmo estando positivados, não podem ser exercidos em sua plenitude. Entre os direitos fundamentais, certamente, vemos que a categoria dos direitos sociais é que a mais sofre com a

¹ ALVES, Fernando Roberto Schonorr; MASS, Rosana Helena: O dever de proteção do Estado na Garantia dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade, **RBPDF - Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais**, São Paulo, 2016, pág. 107, disponível em: www.conpedi.org.br

ineficácia estatal, com a escassez de recursos. Principalmente porque são direitos como o acesso à saúde, à cultura, à educação, à oferta de trabalho, à previdência social, etc. que dependem de prestações positivas do Estado para serem concretizados, de políticas públicas eficientes e eficazes. Perante este problema, várias ações judiciais são propostas objetivando à implementação desses direitos fundamentais sociais².

Pelo exposto, justifica-se a necessidade do Direito Constitucional e do Direito Processual Civil intensificarem estudos sobre questões relativas os direitos sociais, sob uma perspectiva transindividual inclusive, a fim de considerar tais problemas sob o ponto de vista coletivo, pois os paradigmas individualistas processuais estão sendo cada vez mais relativizados para cederem lugar a paradigmas coletivos, cada vez mais necessários no atual estágio da sociedade brasileira.

Neste sentido, visando compreender melhor a questão da tutela jurisdicional coletiva, iniciar-se-á com uma análise sobre o regime jurídico dos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, sua titularidade e seus destinatários, bem como alguns problemas que envolvem sua eficácia e efetividade; logo após, na segunda parte, serão analisadas algumas questões que envolvem a possibilidade a efetivação judicial dos direitos sociais, como o neoconstitucionalismo, Poder Público e políticas públicas, a legitimidade democrática do judiciário para a tutela dos direitos sociais, o ativismo judicial e parâmetros de atuação, limites à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas: a garantia do mínimo existencial, o Princípio da Razoabilidade, a reserva do possível, a universalização e o Princípio da Igualdade, e, encerrando o capítulo algumas, são apresentadas algumas críticas ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas (críticas quanto à teoria da Constituição, críticas filosóficas e críticas operacionais). Na terceira parte, será analisado o fenômeno da tutela jurisdicional coletiva, como sendo meio capaz de promover a proteção dos direitos fundamentais sociais. E por fim, na quarta parte, serão apresentados os principais instrumentos processuais constitucionais de defesa dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito no Brasil: a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo.

²LÉPORE, Paulo Eduardo. Direitos fundamentais e processo coletivo: a tutela jurisdicional como instrumento de efetivação de políticas públicas. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais – biblioteca virtual**, Belo Horizonte, pág. 3, 2014. Disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1199> Acesso em: 05 de março de 2017.

1 – DOS DIREITOS SOCIAIS

Considerando que este trabalho refere-se à efetivação dos direitos sociais, torna-se necessário, preliminarmente, o estudo desta categoria de direitos, objetivando delimitar o tema. Logo após, iniciar-se na questão central do estudo, que é a proteção dos direitos sociais mediante a tutela jurisdicional coletiva. Sendo assim, para definição dos parâmetros essenciais, apresentar-se-á a qualificação dos direitos sociais como direitos fundamentais e seu regime jurídico na Constituição Federal.

1.1 Os direitos sociais como direitos fundamentais e seu regime jurídico na Constituição Federal

Na história do constitucionalismo brasileiro, os direitos sociais eram entendidos como normas meramente programáticas. A Constituição Federal de 1988 veio mudar esta noção, estabelecendo que os direitos sociais são direitos fundamentais, e por isso, “a priori”, devem seguir o mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais, com certas adaptações e observando alguns detalhes peculiares.

Ressalta-se que os direitos sociais não se limitam ao rol inserido no art. 6º da Carta Magna, pois abrangem direitos e garantias implícitos, bem como outros direitos expressos em outros setores do texto constitucional.

Aos direitos sociais também se aplica o comando do art. 5º, § 1º, da CF, pois sendo direitos fundamentais estes devem ter **aplicabilidade imediata**, prescindindo de norma infraconstitucional para tanto. Porém, quanto ao alcance de sua eficácia é recomendada uma análise contextual de cada direito social em questão, realizando-se sempre uma ponderação com os outros direitos fundamentais e com os princípios que norteiam a esfera pública e privada.³

Sobre o regime jurídico dos direitos sociais, entendidos como um gênero dos direitos fundamentais, há a cláusula de **proteção contra o poder de reforma constitucional e contra**

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilgerme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 549-550.

intervenções restritivas por parte dos órgãos estatais, esta estabelece que tais direitos não podem ser abolidos efetivamente ou tendencialmente, pois se aplica a estes o sistema constitucional de limites e limites dos limites. Somando-se a tal proteção, vem ganhando força o entendimento doutrinário da ideia de proibição de retrocesso ou regressividade.

Outra característica, é que os direitos fundamentais sociais apresentam **uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva**.

Em relação à dimensão subjetiva dos direitos sociais temos a possibilidade de serem exigidos (em benefício de seus titulares) em face de seus destinatários. Essa esfera abarca uma série de condicionamentos, entre os quais está a cláusula de reserva do possível, questões que serão apresentadas a diante. Contudo, as tendências doutrinárias e jurisprudenciais atuais vêm reconhecendo um direito subjetivo definitivo em relação à garantia do mínimo existencial, assim entendido como as condições materiais mínimas para uma existência digna do ser humano.

Sobre a dimensão objetiva dos direitos sociais, temos que são normas incluídas no sistema de fins e valores constitucionais a serem preservados, perseguidos e respeitados por toda a sociedade brasileira, em harmonia com o princípio da dignidade humana e com os objetivos fundamentais da República.⁴

Seguindo no regime jurídico dos direitos sociais, temos que tais normas possuem **eficácia dirigente e irradiante**, como consequência de sua dimensão objetiva. Isto significa que o Estado tem um dever permanente de realização dos direitos sociais, que servem como padrão para aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, bem como para o estabelecimento e desenvolvimento de instituições, organizações e políticas públicas direcionadas para a proteção e promoção dos mesmos.

No estudo dos direitos sociais também há os deveres de proteção que vinculam os órgãos estatais e os particulares a obrigações de proteção suficiente, em caráter preventivo, considerando que há uma **proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais**.

E ainda sob a perspectiva objetiva dos direitos sociais, temos a **tutela das garantias institucionais**, ou seja, a proteção de certas instituições de direito público e direito privado, como a autonomia universitária e o Sistema Único de Saúde, por exemplo.

No regime jurídico em comento, destacamos ainda a **dimensão subjetiva negativa e a dimensão subjetiva positiva** dos direitos fundamentais sociais. Como direito subjetivo, os

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 550-552.

direitos sociais não se limitam a direitos a prestações materiais (positivas), por que também abrangem uma função defensiva (negativa), quando veiculam proibições de intervenção. Por exemplo, com relação ao direito à saúde, há um dever de não interferência, uma blindagem contra atos estatais ou privados que possam causar danos ou ameaçar a saúde humana, sempre considerando a simultânea função prestacional (positiva). Ou seja, os direitos sociais, enquanto direitos subjetivos, operam simultaneamente direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações materiais (positivos).

Ainda temos outra distinção proveniente da dogmática alemã, que ressalta que no campo da dimensão subjetiva positiva (prestacional) há duas categorias: os **direitos derivados** a prestações do Estado e os **direitos originários** a essas prestações.

Por direitos derivados a prestações do Estado se entende as posições jurídicas que garantem à pessoa o direito de inserção e fruição no sistema de prestações sociais públicas já existentes, que estão em funcionamento. Portanto, trata-se de reivindicações a direitos que já estão previstos na legislação e nas políticas públicas vigentes.

Como direitos originários a prestações do Estado temos o direito de requer ao Poder Público que promova prestações diretamente previstas no texto constitucional, e que ainda não tenham sido reguladas por normas infraconstitucionais.⁵

Não há como considerar direitos sociais como direitos subjetivos definitivos, perante a escassez de recursos e o Princípio da separação de poderes. Logo, somente alguns direitos sociais, inseridos em regras e não em princípios, possuem o status de **direitos subjetivos definitivos**, como o direito ao ensino básico obrigatório, art. 208, inciso I, da CF:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

Parte da doutrina defende que os direitos sociais são **direitos subjetivos garantidos “prima facie”**, o que significa que esses direitos abrangem princípios jurídicos, sendo necessária uma ponderação no caso concreto para seu reconhecimento definitivo. Essa

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 552-553.

ponderação envolve por um lado os princípios constitucionais formais restritivos (o princípio democrático e o princípio da separação de poderes), e, por ou outro lado, os princípios materiais que são os direitos fundamentais sociais.⁶. Sendo assim, os direitos sociais somente serão restringidos se, no caso concreto, após análise da proporcionalidade em sentido estrito, se verificar que os princípios democrático e da separação e poderes, somados aos direitos sociais de terceiros são mais importantes do que aqueles que estão sendo reivindicados. Portanto, os direitos fundamentais sociais são, em sua maioria, direitos “prima facie”. Isso não significa que não sejam vinculantes, mas apenas que é necessário que passem pela ponderação para serem considerados direitos subjetivos definitivos .

1.2 A titularidade e destinatários dos direitos sociais

Qualquer pessoa pode ser titular de direitos sociais, levando em consideração apenas as restrições decorrentes de situações próprias de cada grupo ou categoria de pessoas, e também os entraves fáticos e jurídicos que condicionam a própria eficácia desses direitos.

Importante frisar que **os direitos sociais não se confundem com direitos coletivos**. Por que a dimensão primordial a dignidade da pessoa humana e o seu direito ao mínimo existencial é uma dimensão individual. Todavia, apesar de o titular dos direitos sociais ser uma pessoa individual, isso não afasta a característica transindividual desses direitos, do ponto de vista processual. O que existe, em realidade, é uma preferência pela tutela jurisdicional coletiva quando se trata de direitos sociais, mais isso é apenas uma técnica processual para sua efetivação. Logo, os direitos sociais possuem uma titularidade individual, não obstante poderem também serem tratados como direitos transindividuais para fins processuais.

Os destinatários dos direitos sociais são órgãos estatais que ficam vinculados e obrigados a estes, assim como os particulares. Claro que existem diferenças nas hipóteses em os direitos sociais se dirigem ao Estado ou aos entes particulares. Um exemplo desta última situação, são os direitos dos trabalhadores que, em geral, demandam prestações por parte dos

⁶ NAHIB, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. , p-3-4. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20 de setembro de 2017

entes privados.⁷

1.3 O problema da eficácia e efetividade das normas de direitos sociais e sua exigibilidade como direito a prestações

Os direitos fundamentais sociais estão sujeitos à regra do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que lhes confere a característica de **normas direta e imediatamente aplicáveis**, contudo isso não é suficiente para afastar várias questões polêmicas sobre o tema, que são extensamente debatidas pela doutrina e pela jurisprudência.

Principalmente quanto aos direitos sociais como direitos subjetivos a prestações, na sua dimensão positiva, é que surgem os maiores problemas. Por certo o papel do legislador infraconstitucional é importantíssimo para o estabelecimento de regulamentos, de políticas públicas que tornem tais direitos efetivos e exequíveis. Entretanto, não é admissível que se deixe o conteúdo dos direitos sociais na dependência exclusivamente da atuação deste legislador.⁸

A questão da exigibilidade dos direitos sociais torna-se mais complexa quando se tenta racionalizar em que medida o Judiciário pode impor à Administração Pública uma prestação positiva com base diretamente na Constituição Federal. Ou seja, como se caracterizam os direitos sociais na condição de **direitos originários a prestações** que não estão regulamentadas por leis infraconstitucionais, tampouco disponibilizadas por meio de serviços e políticas públicas.

Todavia, não se pode negar a possibilidade de reivindicação em juízo de um direito subjetivo originário, principalmente em face das implicações decorrentes da norma do art. 5º, §1º da CF (*§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*). E também se ocorresse tal negativa, estar-se-ia excluindo a condição de direitos fundamentais dos direitos sociais.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 554-555.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 558

Sendo assim, os direitos sociais, como todos os direitos fundamentais, estão sujeitos a limites, decorrentes de outros princípios e regras.

A chamada reserva do possível também dificulta a exigibilidade dos direitos sociais enquanto **direitos originários e direitos derivados a prestações**, estes últimos se tratam de requerer o fornecimento de bens e serviços que já integram as políticas públicas vigentes, como, por exemplo, o acesso a serviços do Sistema Único de Saúde. Neste caso, mesmo o serviço estando devidamente previsto na legislação infraconstitucional, este pode ser interrompido, reduzido ou mesmo negado, desde que haja uma alegação fortemente comprovada sobre a indisponibilidade de recursos orçamentários.

Logo, o problema da escassez permanece relevante, mais significativamente em relação aos **direitos derivados a prestações**.

Por tais razões, sustenta-se que há uma obrigação por parte dos órgãos estatais e dos agentes públicos de maximizarem os recursos e minimizarem o embate da reserva do possível, removendo barreiras à efetivação dos direitos sociais. Entretanto, a reserva do possível não pode servir como impedimento à intervenção do Judiciário na questão, e também não deve servir como desculpa genérica para eventual omissão estatal.⁹

Sobre a controvérsia dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a prestações do Poder Público e exigíveis judicialmente, no decorrer dos anos, a doutrina e a jurisprudência foram desenvolvendo critérios para a solução de alguns problemas. Sendo assim, apresentam-se algumas diretrizes que vem sendo adotada, em especial nas decisões do STF.

Sobre a utilização do argumento da reserva do possível como mero entrave burocrático, os entendimentos recentes procuram reverter tal situação, apesar de admitirem que os direitos sociais estão submetidos ao limites fáticos e jurídicos. Perante as eventuais alegações de impossibilidades de atendimento de demandas, esses argumentos devem ser suficientemente demonstradas pela Administração Pública, a quem incumbe o ônus da prova.

Outro critério, é a utilização da noção de garantia do mínimo existencial, sendo assim os pleitos podem ser deferidos quando o direito a prestações envolve o direito à vida e ao mínimo existencial, sendo que questões deste tipo assumem uma condição de critério material de ponderação.

Ressalta-se, também, a aplicação, como meio de solução de casos, da noção de “**dupla**

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, pp. 559-562.

face” do princípio da proporcionalidade e de suas exigências. Isso significa que o princípio da proporcionalidade acarreta a proibição de intervenções excessivas na esfera dos direitos fundamentais, mas simultaneamente implica na proibição de ações insuficientes por parte dos órgãos estais no seu âmbito de atribuição para assegurar a efetivação dos direitos sociais. Sendo assim, constrói-se o entendimento de que o Estado, inclusive na esfera de proteção dos direitos sociais, especialmente quando se trata da garantia ao mínimo existencial, tem um dever de proteção suficiente.

Outras medidas são essenciais para a efetivação dos direitos sociais, como a cooperação produtiva entres órgãos estatais, considerando as suas próprias capacidades institucionais, bem como o respeito maior aos deveres de informação das ações estatais, da transparência da gestão da coisa pública e do fortalecimento dos mecanismos de controle social das políticas públicas, principalmente no que se refere a orçamento e a investimentos estatais. Tais medidas podem envolver a intervenção judicial, porém a esta não se restringem.

2 - MUDANÇAS DE PARADIGMA NO DIREITO BRASILEIRO

2.1. O neoconstitucionalismo

No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, surgiram, significativas mudanças no ordenamento jurídico que se consubstanciaram em um novo paradigma, denominado “neoconstitucionalismo”, e este passou a influenciar fortemente a teoria jurídica e aplicação do direito pelos juízes e tribunais. Resumidamente, tais mudanças foram as seguintes ¹⁰: I – o reconhecimento da força normativa do texto constitucional, que deixou de ser visto como documento meramente político de intenções, passando a ser norma jurídica de caráter vinculativo e obrigatório; II – a valorização e reconhecimento dos princípios jurídicos no processo de aplicação do Direito; III – decisões baseadas também em princípios jurídicos passaram a demandar maior utilização e desenvolvimento das teorias de argumentação, dos métodos não formalistas de raciocínio como a tópica e a ponderação; IV – a expansão da

¹⁰SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades, **STJ – Superior Tribunal de Justiça – BDJur – Biblioteca Jurídica**. Brasília. 01/2009. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>. Acesso em 11 de novembro de 2017.

jurisdição constitucional, e a constitucionalização do Direito com irradiação das normas e valores constitucionais sobre todos os campos do ordenamento; V – a progressiva consolidação do pós-positivismo como marco filosófico dessa nova fase, fazendo com que a ética, a moral e os valores retornem ao Direito e ao debate jurídico; VI – um maior ativismo político por parte do Poder Judiciário que vem ganhando mais poder, pois vem buscando dar maior efetividade aos direitos e aos valores constitucionais, provocando mudanças sociais e políticas em áreas nas quais outrora somente os poderes executivo e legislativo intervinham.

Estas são linhas gerais que apresentam os contornos do fenômeno, entretanto ainda não há um conceito acabado, mas sim diversas visões sobre o que seja “neoconstitucionalismo”. Assim como há muitos argumentos a favor e muitos contrários ao novo paradigma.

Podemos salientar três questões fundamentais que impactaram a doutrina e a jurisprudência nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, que acabaram criando “*uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral*”. Sendo assim, o direito constitucional sofreu o impacto de três marcos fundamentais: **o histórico, o teórico e o filosófico**. Elementos que contém as principais ideias que convergiram para a mudança de paradigma, na visão de Luís Roberto Barroso.¹¹

Em relação ao **marco histórico**, temos a realidade do constitucionalismo após a 2ª Grande Guerra, principalmente na Itália e na Alemanha. No Brasil, a transformação ocorreu bem mais tarde, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com o processo de redemocratização. Naquela época, na Europa, a democracia e o constitucionalismo se abraçaram, resultando em uma nova organização política conhecida como Estado democrático de direito ou Estado constitucional de direito. Seguindo a nova tendência, foram referência para a produção científica do novo direito constitucional a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã) de 1949 e a Constituição da Itália de 1947, principalmente nos países de tradição romano-germânica. No Brasil, a Constituição de 1988 ajudou a promover a transição do Estado brasileiro de regime autoritário para um estado democrático de Direito.

O **marco filosófico** que orientou o novo direito constitucional foi o “pós-positivismo”, caracterizado pela confluência de dois grandes eixos de pensamento: o jusnaturalismo e o positivismo. O jusnaturalismo surgido após o Século XVI contribuiu trazendo a razão como fundamento das leis e transformou-se na filosofia natural do Direito. Estabeleceu, inclusive, a

¹¹BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **FGV – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240. Abr/Jun 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 20 de março de 2017

concepção de que há princípios de direitos universalmente aceitos. Sob à acusação de ser um pensamento anticientífico e metafísico, o jusnaturalismo acabou perdendo terreno para o positivismo. Este último, baseava-se na objetividade jurídica, e acabou equiparando Direito à lei, afastando-o da filosofia, do debate sobre legitimidade, e sobre justiça. Todavia, o positivismo perdeu força após a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes autoritários que promoveram grandes massacres, tudo isso em obediência a suas leis teuto-nacionais. Por conseguinte, após a 2ª Guerra Mundial, a ética e os valores na perspectiva filosófica se reconciliaram com o Direito. Nesse sentido, firma-se o pós-positivismo, que considera o direito posto, mas também agrega uma leitura moral, baseada na razão, sendo aplicado e interpretado a partir de uma teoria de justiça.

O **marco teórico** é composto por três importantes transformações que contribuíram para a inovação na aplicação do direito constitucional: *“I – o reconhecimento da força normativa da Constituição; II – a expansão da jurisdição constitucional; III – o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional.”*. Sendo assim, em relação ao primeiro aspecto deste marco teórico, a doutrina e a jurisprudência produzidas após a promulgação da Constituição de 1988 foram responsáveis pela concretização da nova ordem jurídica, dotada de força normativa, rompendo com o autoritarismo e posições retrógradas, resquícios do antigo regime da ditadura militar. Marcando a segunda transformação, percebe-se que esse novo modelo de constituição trouxe também um novo modelo de aplicação do direito, decorrente da constitucionalização dos direitos fundamentais, que agora permaneceriam protegidos das oscilações advindas do processo político majoritário. E esta proteção caberia principalmente ao Poder Judiciário, pela via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade. Em terceiro lugar, destaca-se uma nova modalidade de interpretação jurídica, decorrente do reconhecimento da normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa perante as regras. Permanecem os elementos tradicionais de interpretação do Direito: *“o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico”*; assim como *“os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos”*. Todavia, houve o desenvolvimento e sistematização de um conjunto próprio de princípios que visam dar maior efetividade à aplicação da Constituição, são eles: a da ponderação, *“o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da*

efetividade".¹²

Estas são noções gerais sobre o fenômeno “neoconstitucionalismo”, que ao demarcar um novo paradigma para o Direito Constitucional brasileiro, inclusive, contribui para fortalecer a ideia de que o acesso aos direitos fundamentais sociais pode ser exigido, inclusive, por intermédio das ações de tutela jurisdicional coletiva.

Por conseguinte, temos que o neoconstitucionalismo é um movimento que propõe uma superação, a transformação do Direito de simples reprodutor da realidade para um Direito capaz de transformar a sociedade, dentro dos objetivos impressos no modelo constitucional previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. E esta transformação deve ser realizada a partir do Estado Democrático de Direito, dando efetiva concretização aos direitos fundamentais.

2.1.1 Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais, Poder Público e políticas públicas

Em consonância com o Direito Constitucional contemporâneo, o “neoconstitucionalismo”, não resta dúvida que o Poder Público tem o dever de efetivar os comandos contidos na Constituição Federal, e para isso deve implementar ações e programas das mais diferentes espécies para garantir a prestação de determinados serviços, e estas atividades variadas organizadas de forma sistemática e abrangente para realizar os fins constitucionais são denominadas como políticas públicas.

Por certo, as políticas públicas demandam gastos, todavia considerando que não há recursos ilimitados, torna-se necessário eleger prioridades e escolher em que o dinheiro público deve ser investido. Além disso, tais escolhas estão submetidas às influências das normas constitucionais, pois estas constituem os objetivos que devem ser perseguidos prioritariamente pela República Federativa do Brasil. A Constituição estabelece em seus fins essenciais a promoção dos direitos fundamentais; por sua vez as políticas públicas são o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser efetivados de forma sistemática e abrangente. Como as políticas públicas envolvem gasto de dinheiro público e os recursos orçamentários

¹²BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **FGV – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240. Abr/Jun 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 20 de março de 2017

são limitados, é primordial fazer escolhas. Logo, a Constituição acaba vinculando as escolhas sobre políticas públicas e gasto público em geral.

Todavia, não se está defendendo que a definição das políticas públicas deva estar totalmente submetida ao controle do Judiciário, mas apenas ressalta-se a importância, na atualidade, do controle judicial dentro dos mecanismos democráticos de freios e contrapesos. Principalmente por que, no Estado Democrático de Direito, a representação política não é absoluta, não é um “cheque em branco” dado aos agentes políticos eleitos pelo voto popular. A liberdade do titular do mandato eletivo não autoriza abusos, nem ineficiências. Por isso, deve ser respeitada a vinculação específica dos fins prioritários constitucionais à definição das políticas públicas.¹³

2.2 Legitimidade democrática do judiciário para a tutela dos direitos sociais

Há posições que sustentam o caráter antidemocrático do controle dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, pois os juízes não são eleitos pelo voto popular, diferentemente dos membros do Executivo e do Legislativo.

Todavia, a legitimação do Judiciário baseia-se na tutela dos direitos fundamentais, outorgada pela Constituição Federal, e também pela necessidade de motivação das decisões judiciais.¹⁴

E ainda, a legitimação do Judiciário pode residir em três argumentos essenciais. Primeiramente, o fato é que existe, na atualidade, uma crise na democracia representativa, pois o povo, em geral, tem pouca ou nenhuma confiança nos parlamentares e nos membros do Executivo. Neste cenário, dada à baixa credibilidade dos órgãos de representação popular, a atuação do Judiciário na proteção dos direitos sociais torna-se legítima e necessária.

Somando-se a tal argumento, não se pode negar que a liberdade e a cidadania necessitam, para serem efetivamente exercidas, da garantia das condições mínimas de

¹³ BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **FGV - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240 (2005), p. 9-15. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620. Acesso em 11 de novembro de 2017.

¹⁴ NAHIB, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. , p-4-5. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20 de setembro de 2017

existência digna. Por isso, o Judiciário tem o dever de exigir o cumprimento das normas constitucionais, até mesmo aquelas relativas aos direitos fundamentais sociais.

Além disso, integram os preceitos democráticos o controle pelo Judiciário do Executivo e do Legislativo, conforme a teoria dos freios e contrapesos.

Por tais razões, o Judiciário, sem dúvida, tem um poder-dever na atuação para a garantia da efetividade dos direitos sociais inseridos na Constituição Federal.¹⁵

2.3 Do individual ao Coletivo

A noção de direitos coletivos nasceu após as diversas transformações surgidas no mundo em decorrência da Revolução Industrial e da adoção, em diversos países do mundo, do Estado Democrático de Direito. Inclusive em sociedades marcadas por tais fenômenos, a coletividade foi vítima de sofrimentos causados pelo desrespeito de seus interesses massificados, e desses abusos e transgressões ficou muito clara a necessidade de reconhecimento e tutela desses direitos no plano social. Nesse cenário, destacamos um contexto socioeconômico pós-revolução industrial, no qual se verificava um acelerado processo de industrialização, a crescente urbanização da sociedade, o incremento da produção e do consumo, o desenvolvimento dos meios de comunicação e dos transportes coletivos, dentre outras questões, tudo isso integrava o ambiente da chamada “sociedade de massa”. Por conseguinte, doutrinadores e juristas em vários países passaram a estudar os “*direitos emergentes das sociedades de massa*”. Esta fase ficou conhecida como primeira etapa evolutiva do processo coletivo, que consistiu em uma fase de identificação da transindividualidade de alguns direitos.

Importante ressaltar que, na década de 1970, sob a influência das “class action” do direito norte americano, dois importantes doutrinadores, vindos de diferentes correntes jurídicas (o “common law” e o “civil law”) apresentaram um importante trabalho que marcou significativamente o direito contemporâneo. No estudo em questão, foram apresentados os conceitos de “ondas renovatórias do direito processual”. Sendo assim, a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com o título de “O acesso à justiça”, de 1976, trouxe como a

¹⁵ SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 186-187.

segunda das três grandes ondas revolucionárias justamente o reconhecimento da necessidade de coletivização do processo, como meio de atender os interesses e direitos difusos e coletivos.

Em nosso país, a tutela coletiva foi sendo construída à medida que a legislação foi evoluindo nesse sentido. O primeiro marco significativo foi a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), seguido pelo advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985), logo após a própria Constituição Federal de 1988, consagrando a jurisdição constitucional, acompanhada da Lei nº 8072/1990, Código de Defesa do Consumidor, todos estes textos legais passaram a compor núcleo essencial da tutela jurisdicional coletiva brasileira. Somados a estes, surgiram os códigos setorializados e estatutos, as legislações especiais, que complementam e integram o sistema da proteção dos interesses difusos, coletivos “stricto sensu” e individuais homogêneos.¹⁶. Sobre a definição de tais direitos, veja o item “4.2.1 Direitos tutelados pela ação civil pública”.

Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou **direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou **direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou **direitos individuais homogêneos**, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

2.4 O ativismo judicial e parâmetros de atuação

Atualmente, não resta dúvida que todos os poderes do Estado estão vinculados aos direitos fundamentais. Este deve pautar todas as suas ações no sentido de garantir os direitos fundamentais, eis que possuem previsão constitucional. Como dito anteriormente no capítulo 1, para tal garantia o Estado deve assegurar os direitos defensivos (liberdades individuais),

¹⁶AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microsistema do processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo. 2012, pp. 113-114. Disponível em www.esmp.sp.gov.br/revista_ESMP/index.php/rjesmpsp/article/viewfile/43/26. Acesso em 11 de julho de 2017

bem como os direitos positivos que envolvem prestações. Direitos fundamentais sociais reclamam uma forte atuação estatal para proporcionar acesso à saúde, educação, segurança, moradia, promoção de renda e emprego, etc, mediante a prestação de serviços públicos eficientes. Entretanto, todas estas demandas sociais esbarram nos limites orçamentários, nos limites da “reserva do possível”. Por isso, a eficiência deve orientar toda a prestação social estatal, os recursos escassos devem ser racionalmente utilizados, visando o bem comum.

Além do mais, o Princípio da Eficiência, também do ponto de vista econômico, significando o gasto mais racional e equilibrado para beneficiar a coletividade e o interesse público, está consagrado no art. 37 da Constituição Federal. Em um ponto de intersecção entre Direito e Economia, os recursos orçamentários são escassos e as necessidades humanas ilimitadas, por isso o emprego desses recursos deve ser feito do modo mais eficiente possível, a fim de beneficiar o maior número de pessoas. Segundo Luciano Benetti Timm¹⁷, o modo mais eficiente de implementação dos direitos sociais, “*o melhor mecanismo de justiça social é a tributação*”. Por isso, o Poder Legislativo deve instituir tributos como meio de propiciar a redistribuição de renda, a repartição das riquezas, cabendo ao Poder Executivo gerir racionalmente os recursos provenientes da tributação, planejando e executando políticas públicas que visem garantir e promover os direitos sociais. Estes também estão inseridos em normas programáticas, que estabelecem metas, resultados a serem obtidos pela sociedade e pela gestão governamental em um determinado espaço de tempo. Nesta lógica, as prioridades de emprego dos recursos escassos advindos dos contribuintes deveriam ser as necessidades sociais básicas da população. E, ainda, estas escolhas prioritárias devem ser respeitadas pelos representantes eleitos democraticamente pela sociedade. É uma tarefa que cabe ao Poder Executivo, mediante políticas públicas racionais e eficientes que justifiquem o gasto público. Este emprego adequado de recursos orçamentários poderá ser controlado pelo Ministério Público, pelas associações, pelo cidadão, etc., por todos os entes que possuem legitimidade ativa para proporem ações coletivas para proteger os direitos transindividuais, e o interesse público.

As políticas públicas governamentais, em regra, costumam ser mais eficientes se conduzidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, dada às suas características e capacidades institucionais e por serem compostos por representantes eleitos pela via democrática.

¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de promover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2^a. Ed. - Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, pp- 51-62.

Todavia, isso nem sempre ocorre como deveria ser, então o Poder Judiciário acaba sendo provocado a corrigir tais desrespeitos de normas e princípios constitucionais. Contudo, o controle judicial de políticas públicas (práticas de ações sistematicamente organizadas para a garantia do exercício de direitos fundamentais) deve ser feito de forma contida e equilibrada. Nesse sentido e em tais situações, as ações coletivas são o meio processual mais adequada à defesa dos direitos sociais, por que não proteger-se-á o direito de um indivíduo em prejuízo de toda a sociedade, mas o direito da coletividade como um todo. Neste sentido, juízes e tribunais só deveriam intervir em políticas públicas em casos excepcionais, visando exigir o cumprimento de medidas corretivas, mediante às ações coletivas.

Logo, são necessários alguns requisitos, alguns limites para que haja intervenção do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, estes, segundo Ada Pellegrini Grinover, podem ser os seguintes: *1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; 2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, 3) a reserva do possível*. Vamos analisar cada um destes requisitos.

2.4.1 Limites à intervenção do Judiciário nas Políticas Públicas: a garantia do mínimo existencial¹⁸

Os direitos fundamentais positivados no art. 6º da Constituição Federal, que dependem da formulação e execução de políticas públicas para serem alcançados, compõem um núcleo central, que garante o *mínimo existencial* necessário para preservar a dignidade humana. Portanto, o *mínimo existencial significa um direito às condições mínimas de existência humana digna*. Nestas condições mínimas, estão inseridos o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, ao saneamento básico, à concessão de assistência social, à proteção do meio ambiente, à proteção do direito do consumidor, ao acesso à justiça, etc. É, portanto, a não garantia do mínimo existencial que pode ensejar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas.

Entretanto, considerando que, no geral, os recursos orçamentários são insuficientes para

¹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito - Universidade de São Paulo**. v. 7, nº 7, 2010, pp-17-35. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em 20 de maio de 2017

a garantia de todos os direitos fundamentais, pode haver a responsabilização de um chefe do executivo por não adotar certa medida garantidora do mínimo existencial da população de um dado município, por exemplo. Levando em consideração o Princípio da Razoabilidade, haverá uma violação, um arbítrio, sempre que um ato empregue meios inadequados para realizar um fim, ou quando meios e fins são gritantemente desproporcionais.

Por conseguinte, o mínimo existencial é o conjunto de condições mínimas materiais para a garantia da preservação e promoção da dignidade humana. E a garantia dessas condições mínimas que consubstanciam direitos subjetivos, passíveis de serem pleiteados judicialmente. Portanto, não são todos os direitos fundamentais sociais e em todas as circunstâncias que são direitos subjetivos, mas somente aqueles aptos à preservação do mínimo existencial para garantia de vida digna do ser humano.

Por outro lado, o direito ao mínimo existencial não é absoluto, pois sujeita-se à reserva do possível, e por essa razão não há como ser assegurado judicialmente de forma incondicional, pois não há direito subjetivo absoluto em matéria de direitos fundamentais sociais. Principalmente por que devem ser feitas considerações sobre o custo da universalização das prestações que eventualmente estão sendo demandadas judicialmente, pois há o risco de que a inserção de determinada prestação no âmbito do mínimo existencial possa vir a desequilibrar a programação orçamentária estatal, prejudicando o próprio interesse público. Logo, não há um direito definitivo ao acesso ao mínimo existencial, por que este não está imune a ponderações, à razoabilidade e à reserva do possível.¹⁹

2.4.2 O Princípio da Razoabilidade

A razoabilidade implica na utilização do Princípio Constitucional da Proporcionalidade que, em suma, é a busca do equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados. Ou seja, medida razoável é aquela que utilizada os meios adequados para atingir certa finalidade. E ainda, esta finalidade deve ser uma necessidade real da população.

O princípio da razoabilidade é a utilização do bom senso na escolha da Administração

¹⁹ NAHID, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012, p.10. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br>. Acesso em 20 de setembro de 2017

Pública, no uso de sua discricionariedade. Esta deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em consonância com o senso normal de pessoas equilibradas, respeitando as finalidades que baseiam a outorga da competência exercida.

Por intermédio da razoabilidade e da proporcionalidade, o juiz analisará o caso concreto e decidirá se a Administração Pública pautou sua conduta de acordo com os interesses da coletividade, positivados na Constituição Federal e nas leis. Sendo assim, pelo lado do autor da demanda, deverá o juiz apreciar a razoabilidade da pretensão individual/coletiva requerida em face do Poder Público; e, pela parte do órgão demandado, deverá verificar se a escolha administrativa foi desarrazoada. Logo, a intervenção judicial nas políticas públicas somente deve ocorrer quando ficar indubitavelmente demonstrada a irrazoabilidade do ato discricionário praticado pelo poder público.²⁰

2.4.3 A reserva do possível

A elaboração e execução de uma política pública dependem de haver disponibilidade financeira adequada e suficiente, ou seja, dependem da “reserva do possível”. Geralmente, a Administração Pública utilizada como argumento para justificar sua omissão a falta de verbas e de recursos orçamentários. Nestes casos, a carência de verbas não pode simplesmente ser alegada pela defesa, é necessário que esta falta seja comprovada pelo Poder Público. Inclusive, nestas hipóteses caberia a inversão do ônus da prova em desfavor do demandado, conforme o art. 6, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, pois esta parte estaria mais próxima dos fatos e teria mais facilidade em comprová-los.

Estando devidamente comprovadas pelo Poder Público a falta de verbas e de previsão orçamentária insuficiente, o Judiciário pode exigir que se faça constar na próxima proposta orçamentária a verba necessária à implementação de política pública apta a permitir o acesso a determinado direito fundamental. Entretanto, a lei orçamentária não é vinculante, podendo haver mudanças na aplicação das verbas. Sendo assim, o juiz pode impor, caso haja descumprimento da decisão, uma obrigação de fazer ao ente do poder executivo,

²⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito - Universidade de São Paulo**. v. 7, nº 7, 2010, pp-17-35. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em 20 de maio de 2017

determinando a implementação de política pública adequada, concedendo assim a tutela específica ou determinando providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, nos termos do art. 497 do CPC/2015.

Por fim, a reserva do possível pode fundamentar a decisão do juiz em condenar à Administração Pública a uma obrigação de fazer em duas etapas. A primeira seria a inclusão na próxima lei orçamentária da verba necessária ao adimplemento da obrigação, e segundo surgiria a obrigação de aplicar devidamente a verba para tal adimplemento.²¹

2.4.4 A universalização e o Princípio da Igualdade

Considerando a cláusula da reserva do possível, a efetivação dos direitos sociais somente deveria ser negada se a concessão individual de certo benefício resultasse em um grande impacto sobre as contas públicas, e ainda, quando o Estado não dispuser de recursos suficientes para estender o direito a outros indivíduos, em observância ao Princípio da Igualdade.

Por isso, no caso concreto, a reserva do possível deve ser entendida como a razoabilidade da universalização da prestação que está sendo exigida, com base nos recursos orçamentários disponíveis.

O Princípio da Igualdade delimita a atuação do Poder Público também neste sentido, na medida em que não deveria haver a concessão de certo direito a um indivíduo se não houver condições para oferecer o mesmo benefício a todos que estejam na mesma situação fática.

Perante a escassez de recursos públicos, é necessário o respeito ao tratamento igualitário, admitindo-se a concessão de determinado direito fundamental social somente quando possível sua universalização.

Sendo assim, o controle judicial de políticas públicas encontra certos obstáculos, que poderiam ser minimizados se o Judiciário adotasse certas medidas, como a utilização de peritos especializados em análise de efeitos econômicos resultantes de possíveis decisões judiciais, bem como a maior participação de terceiros, como “amicus curiae” e a realização de

²¹GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito - Universidade de São Paulo**. v. 7, nº 7, 2010, pp-17-35. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em 20 de maio de 2017

audiências públicas.²²

2.5 Críticas ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas

As ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais pressupõem decisões acerca do dispêndio de recursos públicos. Entretanto, são frequentes às críticas quanto ao controle jurisdicional de políticas públicas. Segundo *Ana Paula de Barcellos*²³, muitas dessas críticas são consistentes, e por isso merecem uma análise aprofundada. Logo, reafirmar a importância dos direitos fundamentais e da dignidade humana não são argumentos suficientes para afastar tais críticas. Sendo assim, a mencionada autora analisa a questão identificando, primeiramente, que há três grupos de críticas formuladas em relação às possibilidades de controle jurisdicional de políticas públicas. Os grupos são os seguintes: **1) críticas quanto à teoria da Constituição e o seu alcance; 2) críticas de natureza filosófica e 3) críticas operacionais.** Em cada um desses grupos, a autora apresenta argumentos que rebatem e se contrapõem às críticas apresentadas, conforme o exposto a seguir.

2.5.1 Críticas quanto à teoria da Constituição

A Constituição estabelece que entre seus fins essenciais está a garantia dos direitos fundamentais, sendo que as políticas públicas são o meio pelo qual os fins constitucionais podem ser realizados de forma sistemática e abrangente. Essas políticas públicas demandam gasto de dinheiro público, todavia os recursos são limitados e por isso é necessário fazer escolhas. Por conseguinte, a Constituição acaba vinculando as escolhas em matéria de políticas públicas e de gasto dos recursos públicos. Entretanto, questiona-se o que autorizaria

²² NAHID, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, XV, n. 01, jun 2012, p.13-14. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 de setembro de 2017

²³ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle-político e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp-101-132

o direito e o judiciário, a pretexto de preservar a interpretação do texto constitucional, a se entrometer no tema das políticas públicas, considerando que isso é próprio da deliberação política majoritária. Muitos consideram, inclusive, que a invasão do Judiciário no espaço próprio do pluralismo político poderia gerar grave desequilíbrio, prejudicando a democracia.

Sem dúvida, decidir como gastar, quanto gastar e em que finalidade são decisões próprias da deliberação democrática, e não do magistrado. Uma grande invasão do judiciário nesta seara poderia acarretar sérios riscos à democracia, à separação de poderes.

Sobre tal possibilidade, são apresentados três argumentos que rechaçam as críticas quanto à teoria da Constituição para justificar a intervenção do Judiciário em políticas públicas.

Primeiro, a fruição dos direitos fundamentais em pelo menos um patamar mínimo é condição necessária ao bom funcionamento da democracia, que abrange inclusive o controle social das políticas públicas. Logo, o procedimento democrático de deliberação somente ocorre quando os indivíduos são livres e iguais. Sendo que esta liberdade e esta igualdade não existirão quando não forem respeitados um conjunto básico de direitos fundamentais. Logo, o sistema democrático não tem como funcionar quando os indivíduos estão alijados das condições básicas de existência digna. Neste contexto, não havendo controle social de políticas públicas, as ações dos Poderes Públicos ficam distorcidas pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo.

Segundo, a delimitação da fronteira entre direito constitucional e política depende do modelo de Estado consagrado em cada texto constitucional. No Brasil, a Carta de 1988 estabeleceu um espaço amplo ao direito, pois firmou que todos os Poderes Públicos estão vinculados às normas constitucionais.

Terceiro, a discussão em pauta não é uma simples questão de escolha entre dois extremos. Não se trata de defender o total controle das políticas públicas pelo Judiciário, ou a total ausência de controle jurídico sobre o tema, pois há possibilidades intermediárias de controle.²⁴

²⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle-político e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp-101-132

2.5.2 Críticas de natureza filosófica

Primeiramente, questiona-se se não seria uma atitude arrogante de juízes e tribunais imaginarem que possam tomar melhores decisões em matéria de políticas públicas do que os próprios membros do Executivo e do Legislativo. Qual a “expertise” que juristas possuem para decidirem sobre tais questões?

Buscando respostas a essas indagações, Ana Paula de Barcellos inicia expondo a seguinte constatação.

A era contemporânea é identificada como “pós-modernidade”, e alguns dos traços filosóficos marcantes desta era são o ceticismo e o relativismo (principalmente o relativismo moral). Sendo que uma das implicações imediatas do relativismo *é a impossibilidade de descrever algo como certo ou errado*. Neste sentido, constatando-se que não há consensos morais, a opinião de qualquer pessoa é apenas relativa e encontra seu fundamento no próprio indivíduo, não firmando base em nenhuma verdade superior. Com isso, pode até ser corriqueira a dificuldade de se julgar ações ou escolhas com fundamento em padrões de certo ou errado.

Todavia, no confronto com a realidade, o discurso relativista expõe a sua fragilidade. Por que a sociedade e as pessoas, em geral, continuam se guiando por padrões morais de certo ou errado. Principalmente, em ambientes marcados pela injustiça, violência e miséria a discussão ética é um tema fundamental. E ainda, o próprio Direito incorporou elementos valorativos, e ampliou a discussão sobre princípios.

Logo, são três argumentos contrários à crítica filosófica relativista que defende a não intervenção judicial em políticas públicas, estes são os seguintes:

Primeiro, é possível identificar sim alguns espaços nos quais pode haver padrões ou consensos, discernindo decisões certas em oposição a decisões erradas. Portanto, a questão não é simplesmente conferir um valor maior à opinião do juiz. Por que em determinados contextos nem tudo é relativo, indiferente ou equivalente, havendo parâmetros morais aplicáveis, afirmando que alternativas certas são superiores às erradas. Logo, ficam excluídas destas zonas de relativismo os espaços em que há incidência de padrões e consensos morais ou de conhecimentos técnicos ou científicos consolidados. Como todo controle jurisdicional tem fundamento na norma jurídica, decorrente da deliberação democrática, e se a Constituição e outras leis estabelecem uma determinada forma, a ação administrativa deverá

necessariamente seguir esta forma.

Segundo, o debate sobre o controle jurisdicional de políticas públicas em matéria de direitos fundamentais envolve, além dos aspectos jurídicos, elementos morais e eventualmente técnicos. O elemento moral é a própria centralidade do homem e de seus direitos na atual ordem constitucional. Sendo assim, políticas públicas que violem este princípio serão moralmente erradas. Com isso, *os desvios de recursos e de finalidade, a corrupção, o desperdício ou a ineficiência são, além de injurídicos, são moralmente reprováveis*.

Terceiro, caso inexistam, na decisão do juiz, fundamento jurídico, moral ou técnico-científico, não haverá fundamento legítimo. Se o juiz não puder recorrer a um fundamento normativo claro, a sua decisão não traduzirá um imperativo moral ou técnico, e sua opinião fica sem nenhum valor intrínseco relevante.²⁵

2.5.3 Críticas operacionais

Outra crítica importante sobre a questão, consiste em afirmar que o juiz não possui elementos para avaliar a ação estatal como um todo. Frente a um caso concreto, na sua atividade cotidiana que é a realizar a microjustiça dentro do processo, ele não tem como equalizar as demandas ilimitadas com os recursos orçamentários limitados, não sendo capaz de realizar uma macrojustiça. Ou seja, o Judiciário, em geral, não possui conhecimento técnico, nem informações necessárias para corrigir desvios no sistema de políticas pública.

A crítica é relevante, porém não torna inviável o controle jurisdicional em análise. Segundo a autora, a tarefa é possível se considerarmos **os objetos e as modalidades de controle**. Sendo assim, o objeto de controle envolve a conduta ou o bem exigível, e de quem e sob qual fundamento. A modalidade envolve a escolha do tipo processual a ser utilizado para o controle.

Quanto aos objetos de controle, são identificados 05 (cinco) objetos distintos, sendo que

²⁵BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle-político e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp-101-132

estes podem ser agrupados em dois grupos separadamente. O **primeiro grupo** de objetos de controle refere-se ao próprio conteúdo das políticas públicas e é composto por 1) *a fixação de metas e prioridades* por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais, e 2) *o resultado final esperado* das políticas públicas de um setor. O **segundo grupo** de objetos visa controlar o processo de decisão e de execução das políticas públicas e é integrado por 3) *quantidade de recursos a ser investida*, em termos absolutos ou relativos; 4) *o atingimento ou não das metas fixadas* pelo próprio Poder Público; e 5) *a eficiência mínima em aplicação de recursos públicos* destinados a determinada finalidade.

Quanto ao item 1, a *fixação de metas e prioridades* a cargo do Executivo e do Legislativo no âmbito do orçamento e da execução orçamentária, poderiam ser objeto de controle, por exemplo, as políticas públicas em matéria de educação que deverão, necessariamente, oferecer ensino gratuito fundamental a todas as crianças em certa faixa etária, bem como para adultos que precisem desta espécie de instrução. Esta é uma obrigação prevista no art. 208, §§ 1º e 2º e incisos I, VI e VIII da Constituição Federal. Logo, a inobservância desta regra pode ensejar controle jurisdicional.

Quanto ao item 2, o *resultado final esperado* pelas políticas públicas em determinada matéria, esta segunda possibilidade de controle jurídico surge quando as metas não são incluídas no orçamento ou ainda se não foram alcançadas. Sendo assim, caso não haja o serviço público esperado, por exemplo, em uma determinada localidade, o resultado esperado é o oferecimento à população de escolas públicas ou outro meio de ensino equivalente para atender crianças e adolescentes, quando é algo inexistente, logo o controle resultará na própria exigência direta desses bens.

Com relação aos dois itens apresentados anteriormente, estes exigem uma grande dose de ponderação e equilíbrio, a fim de se verificar se os serviços que envolvem essas metas ou resultados esperados são de fato direitos subjetivos, e se decorrem necessariamente de políticas públicas. Em caso negativo, não haverá fundamento válido para o controle jurisdicional.

Quanto ao item 3, *quantidade de recursos a ser investida* na promoção de direitos fundamentais, a própria Constituição Federal estipula percentuais mínimos de recursos a serem investidos em educação, saúde por cada um dos entes federativos (art. 198, § 2º e art. 202), vinculando ainda as receitas das contribuições sociais ao custeio da seguridade social. Salienta a autora que é possível a construção de outros argumentos teóricos, além daqueles que já estão estabelecidos na Constituição Federal. Por exemplo, poderia ser juridicamente

viável argumentar que gastos com publicidade governamental ou eventos culturais não deveriam ultrapassar quantias superiores aos gastos com a educação fundamental ou saúde básica.

Quanto ao item 4, *o atingimento ou não das metas fixadas* pelo próprio Poder Público para as suas políticas públicas, o objetivo principal desta forma de controle jurídico é a obtenção de informações e a divulgação destas, a fim de enriquecer o debate público e o possível controle social sobre a questão. Logo, tratam-se de pedidos de prestação de contas.

Quanto ao item 5, *a eficiência mínima em aplicação de recursos públicos* destinados a determinada finalidade, considerando que eficiência é um princípio constitucional explícito (art. 37, *caput*, da CF) e um dever geral da Administração Pública, buscar-se-á apenas a informação sobre o que se fez afinal com os recursos destinados a determinado fim. Não se questionará a quantidade de recursos investidos, mas o que se fez especificamente com o montante. Uma avaliação de grau de eficiência exige que se recorra a parâmetros externos, obtidos por pesquisas de mercados, visando aferir o custo real dos bens envolvidos.

Quanto às *modalidades de controle*, é considerável que sentenças proferidas em **processos coletivos**, como, por exemplo, **em ações civis públicas**, e em ações de controle abstrato de constitucionalidade tragam efeitos muito mais amplos, beneficiando a coletividade de maneira igual e abrangente. O debate em ações coletivas ou abstratas exige um exame do contexto no qual estão inseridas as políticas públicas discutidas, o que em geral não ocorre no âmbito das ações individuais. Além do mais, os legitimados ativos como o Ministério Público e Associações terão, em tese, melhores condições para sustentarem a discussão do ponto de vista coletivo.²⁶

3 - DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

De uma concepção de Estado Liberal, centrado no individualismo e na proteção da propriedade privada, fortaleceram-se as bases do processo civil individualista, no qual a legitimidade ativa ordinária determinava que o indivíduo somente poderia defender em juízo,

²⁶BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle-político e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2ª Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp-101-132

em seu próprio nome, o seu interesse ou direito próprio apenas. Evidente que este tipo de processo, baseado no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973, não poderia atender às demandas da sociedade contemporânea de massa.

No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988 também abarcou os processos legislativos e doutrinários na defesa dos direitos coletivos “lato sensu”, ao estabelecer, inclusive, a Cláusula Geral de Inafastabilidade de Jurisdição, no art. 5º, inciso XXXV, que dispõe que a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a direito. Importante ressaltar que o texto constitucional fala em “direito” sem diferenciar direito individual ou coletivo, como era estabelecido em Constituições anteriores que previam apenas a defesa de “direito individual”.

Também o Código de Processo Civil de 2015 sistematizou um modelo próprio de tutela coletiva, com base no julgamento de casos repetitivos, o que contribui para a afirmação do processo coletivo brasileiro.

Atualmente, temos dois modelos de tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro; o modelo das ações coletivas (objeto do presente estudo) e o modelo do julgamento de casos repetitivos.

O primeiro trata especificamente do litígio sobre um direito material no caso concreto; já o segundo envolve a discussão de questões de direito em sentido abstrato, sobre teses jurídicas que devem ser aplicadas para a resolução de diversos processos (individuais ou coletivos) que estão em trâmite, em determinado momento.

O modelo de julgamento de casos repetitivos está previsto no art. 928 do CPC e engloba o IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987), e o recursos extraordinário e o recurso especial repetitivos (artigos 1036 a 1041).²⁷

No modelo das ações coletivas, a situação jurídica coletiva no caso concreto é o objeto principal do processo. Nesta situação, o propósito é que a sentença venha a formar coisa julgada coletiva. E este é o tipo de tutela coletiva que o presente trabalho pretende estudar e analisar.

²⁷ ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, 2017, p. 244 e pp.255-256. Disponível em www.redp.uerj.br. Acesso em 20 de junho de 2017.

3.1 - Características da tutela jurisdicional coletiva, no modelo de ações coletivas²⁸

A tutela jurisdicional é a proteção que o Estado oferece ao indivíduo, ou à coletividade, quando é provocado, e o instrumento desta provocação é um processo, que surge em razão de uma lesão ou ameaça a um direito material. Logo, o objetivo da tutela jurisdicional é a proteção de um direito material.

O que distingue a tutela jurisdicional individual da coletiva é o tipo de direito a ser protegido. Sendo assim, a primeira refere-se à proteção dos direitos individuais materiais, sendo regida principalmente pelo Código de Processo Civil e demais leis extravagantes. Já a segunda espécie não se restringe à tutela de direitos coletivos, pois tutela coletiva significa uma espécie de tutela jurisdicional especial utilizada para a garantia de determinados direitos materiais. Sendo que os tipos de direitos a serem garantidos dependem de regras e parâmetros definidos pelo legislador.

Atualmente, temos como direitos materiais objetos da tutela jurisdicional coletiva os direitos transindividuais (direitos difusos, direitos coletivos “stricto sensu”, e direitos individuais homogêneos), e os direitos individuais indisponíveis do idoso, da criança e do adolescente, desde que a ação coletiva seja promovida pelo Ministério Público.

Em relação aos direitos individuais homogêneos e direitos individuais indisponíveis de determinados sujeitos, a tutela jurisdicional individual, em tese, estaria apta a protegê-los, porém, visando remover vários obstáculos, é perfeitamente recomendável a aplicação da tutela coletiva, sendo assim a opção legislativa foi feita neste sentido.

Todavia, em relação aos direitos difusos e coletivos “stricto sensu”, seria praticamente impossível sua defesa mediante uma tutela individual. Ressalta-se que, mesmo abrangendo a proteção de interesses variados, a tutela jurisdicional coletiva é una, sendo aplicada a todos estes direitos de forma indistinta, ressalvando algumas peculiaridades considerados no caso concreto. Portanto, as principais regras que compõem o microssistema coletivo regulam todas as ações coletivas, independentemente do direito material tutelado.

Conclui-se que tutela jurisdicional coletiva constitui um conjunto de normas processuais diferenciadas, pois se refere a um conjunto especial de direitos a serem tutelados, e ainda, alguns institutos como a competência, a conexão e a continência, a legitimidade, a coisa

²⁸NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 37-41.

julgada, e a liquidação de sentença recebem um tratamento distinto daquele utilizado na tutela jurisdicional individual, visando dar maior efetividade à prestação estatal, atendendo às exigências do caso concreto.

No presente trabalho, serão analisadas **três características essenciais que distinguem a tutela jurisdicional coletiva: o tipo de direito tutelado; a legitimidade ativa e a formação da coisa julgada**. Quanto ao primeiro aspecto, será apresentado no item 4.2.1; os outros dois, são apresentados a seguir, nos itens 3.4 e 3.5.

3.2 – O microssistema coletivo

Consideramos como microssistema legal a instrumentalização harmônica de diversos diplomas legais destinados a tratar de certa matéria do direito, cuja complexidade e peculiaridade requer uma aplicação conjunta de normas para o atingimento de seus fins.²⁹

A pluralidade de normas processuais que regem a tutela coletiva no ordenamento jurídico brasileiro compõem um conjunto formado por inúmeras leis que se relacionam entre si, formando assim um microssistema, que por sua vez também se relaciona com o Código de Processo Civil. Apesar desta pluralidade, compõem o núcleo essencial deste microssistema a **Lei de Ação Civil Pública** (Lei 7347/1985) e o **Código de Defesa do Consumidor** (Lei 8078/1990).

São inúmeras as leis que compõem o microssistema coletivo, por exemplo: Lei 4.717/1965 (Ação Popular); Lei 6.938/1981 (Lei da Política Nacional de Meio Ambiente); Lei 7.347/1985 (Ação Civil Pública); Constituição Federal de 1988; Lei 7.853/1989 (Lei das Pessoas Portadoras de Deficiência); Lei 7.913/1989 (Lei dos Investidores dos Mercados de Valores Imobiliários); Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa); Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso); Lei 12.016/2009 (Lei do Mandado

²⁹AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema do processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. 2012 – pp. 113-114; artigo disponível no site da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; disponível em www.esmp.sp.gov.br/revista_ESMP/index.php/rjesmpps/article/viewfile/43/26

de Segurança).

Além destas leis, considerando o direito material que está sendo discutido no processo (direito das pessoas com deficiência, improbidade administrativa, direitos da criança e adolescente, consumidor, meio ambiente, etc.), deve-se sempre aplicar a norma mais benéfica à tutela em questão, sendo irrelevante se certa norma é específica ou geral, anterior ou posterior. Este entendimento, que já é pacífico na legislação e jurisprudência, tem por objetivo uma proteção mais efetiva do direito material tutelado, porém, às vezes, isso pode ocasionar uma certa insegurança jurídica, já que não há bases objetivas para a eleição da norma aplicável no caso concreto, sempre havendo a necessidade da análise “caso a caso”, das peculiaridades da situação concreto³⁰.

Quanto a este problema, cada vez mais se fortalece a ideia da necessidade de elaboração de um Código de Processo Coletivo Brasileiro. Francisco Amaral esclarece as vantagens da codificação³¹:

“A codificação apresenta vantagens, como a de simplificar o sistema jurídico, facilitando o conhecimento e aplicação do direito, permitindo ainda elaborar os princípios gerais do ordenamento que servirão de base para adaptar o direito à complexidade da vida real, o que explica o triunfo das codificações nos três séculos.”

Ressalta-se que, atualmente, há dois principais projetos de códigos brasileiros de processo coletivo: o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover; e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pelos programas de pós-graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA), coordenado pelo professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

Em 2009, foi levada à apreciação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.481/2008, visando a modernização da tutela coletiva no Brasil. A comissão idealizadora do projeto de lei contava com a presença dos juristas idealizadores dos anteprojetos do IBDP e da UERJ/UNESA, tendo como relator o deputado federal Antônio Carlos Biscaia. Entretanto, o projeto foi rejeitado, sendo a votação uma

³⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo** : volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 43, 2º parágrafo

³¹AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 7º ed. São Paulo: Renovar, 2008, p.122-123

lamentável demonstração de influência dos interesses das grandes indústrias, instituições financeiras, forças contrárias à melhoria do direito processual coletivo brasileiro, por que geralmente são os maiores e mais frequentes causadores de danos coletivos.³²

Apesar das contribuições positivas que viriam da promulgação deste novo Código, doutrinadores, estudiosos e operadores do direito em geral se dividem quanto às disputas políticas que implicariam a edição do novo diploma legal. É certo que esses longos anos de tutela coletiva, grandes conquistas jurisprudências e legais foram sendo implementadas, tornando possível a proteção dos direitos e interesses transindividuais no Brasil, contribuindo para a melhoria do acesso à justiça. Contudo é inegável o risco de vir a ser aprovado um “código de processo coletivo” que elimine as conquistas adquiridas até então, o anteprojeto pode ser alterado pelas Casas Legislativas a ponto de ter transfigurada sua função maior.

3.3 As ações coletivas como instrumento mais adequado para a tutela dos direitos sociais

Na busca da efetivação judicial dos direitos fundamentais sociais, as ações coletivas possibilitam ao juiz perceber, com maior nitidez, o impacto financeiro de sua decisão sobre as finanças públicas, e desta maneira poderia promover da melhor maneira a macrojustiça.

As ações coletivas referem-se a categorias de pessoas, incluindo os mais pobres, diferentemente do que ocorreria em ações individuais que, em geral, são propostas pela classe média, pelos segmentos sociais que possuem maior conhecimento a respeito de seus próprios direitos, mais recursos econômicos e por isso acabam tendo melhor acesso à prestação jurisdicional.

Logo, por intermédio das ações coletivas poder-se-ia assegurar um tratamento mais isonômico e racional aos direitos sociais, além de evitar o egoísmo e o casuísmo. Principalmente por que a discussão, presente nas ações coletivas, possibilita uma análise do contexto geral, diversamente do que acontece nas ações individuais, pois os legitimados ativos na tutela jurisdicional coletiva podem trazer aos autos elementos suficientes para

³²AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microssistema do processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo. 2012, pp, 125. Disponível em www.esmp.sp.gov.br/revista_ESMP/index.php/rjesmpsp/article/viewfile/43/26. Acesso em 20 de maio de 2017

análise que propicie a ponderação entre as dimensões da necessidade e a quantidade de recursos disponíveis como um todo.

Sendo assim, por intermédio das ações coletivas, é possível a realização de uma macrojustiça, na medida em que os efeitos “erga omnes” ou “ultra partes” das decisões judiciais, eventualmente, possam contribuir para o atendimento da igualdade e da universalidade da prestação estatal à população.³³

3.4 – Legitimidade ativa na tutela jurisdicional coletiva

No processo civil, na relação processual individual, prevalece a regra da legitimação ordinária, que estabelece que a legitimidade ativa para propor a demanda processual pertence aos titulares da relação jurídica do direito material em questão. Sendo assim, somente o titular do alegado direito pode pleitear em seu nome o seu próprio interesse, norma que está consagrada no “caput” do art. 18 do CPC.

Entretanto, no processo coletivo, tratando-se de tutela jurisdicional coletiva, a legitimidade ativa funciona de forma diferente. É uma espécie de legitimidade extraordinária, pois os legitimados coletivos não são os titulares do direito a ser defendido em juízo. Isso ocorre por que o titular do direito difuso, coletivo “stricto sensu” e individual homogêneo não é legitimado ativo nas ações coletivas para a defesa do direito em juízo. Por isso, os legitimados ativos sempre serão substitutos processuais e os titulares do direito, substituídos. Dependendo de cada situação específica, o legitimado ativo para propor a medida judicial de tutela coletiva pode ser o próprio **cidadão, o Ministério Público, as associações, as pessoas jurídicas da Administração Pública, ou a Defensoria Pública**³⁴.

3.4.1 - O Cidadão

³³ NAHID, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012.p 14-16. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 de setembro de 2017

³⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodium, 2016, pp – 187-189.

A legitimidade ativa do cidadão, em se tratando de tutela jurisdicional coletiva, está restrita unicamente à possibilidade de propositura de **Ação Popular**, conforme previsão do art. 1º, “caput”, da Lei 4717/1965.

“Art. 1º **Qualquer cidadão** será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista ([Constituição, art. 141, § 38](#)), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.”

Ressalta-se que o cidadão, na Ação Popular, não defende direito próprio, porém direito difuso, cujo titular é a coletividade. Mesmo considerando a hipótese de que deste autor processual venha a ser beneficiado com um resultado positivo da demanda proposta, esse benefício não decorrerá da titularidade da ação, mas sim do fato de que tal sujeito também é um membro da coletividade que teve seu direito atendido por intermédio da sentença proferida.

Esclarecemos que o conceito de cidadão ora utilizado refere-se a todo o indivíduo que está no pleno gozo de seus direitos políticos, ou seja, o eleitor, dispensada a cidadania máxima (capacidade de votar e de ser votado para qualquer cargo eletivo). Nesse sentido, a apresentação do título de eleitor é exigida apenas como prova documental de que o indivíduo é brasileiro, e portanto tem a cidadania brasileiro, condição necessária para a propositura da ação popular. Ressalta-se ainda que, embora haja legitimidade ativa do cidadão, não está dispensada a presença de um advogado na propositura, já que é este o titular da capacidade postulatória.

O entendimento doutrinário não chega a um consenso quando se trata da questão do cidadão eleitor que tem entre 16 e 18 anos. Pois este, estando no gozo de seus direitos políticos, teria condições para propor uma ação popular. Todavia, ainda é considerado pela lei civil um indivíduo relativamente incapaz, não tendo capacidade para estar em juízo, que constitui um pressuposto processual subjetivo. Majoritariamente, prevalece a corrente que afirma que a ação popular faz parte do exercício dos direitos políticos, e por isso vem outorgar

legitimidade ativa ao relativamente incapaz para estar em juízo. Por outro lado, a corrente minoritária defende ser indispensável a presença dos representantes legais do menor para assisti-lo na relação processual, tendo em vista que este cidadão ainda é relativamente incapaz, necessitando de assistência quando este for autor da demanda judicial em análise.³⁵

3.4.2 - O Ministério Público

Atualmente, o Ministério Público é o legitimado mais atuante, sendo o responsável pela propositura da maioria das ações coletivas no país, em decorrência de sua missão organizacional e devido a suas próprias capacidades institucionais voltada para tais questões. Espera-se que, no futuro, haja um aprimoramento da democracia, da maior participação social e política e que os cidadãos em geral venham a ser os protagonistas de suas próprias demandas e conquistas coletivas.

A legitimidade do Ministério Público à propositura de ações coletivas está expressa no Art. 5º, inciso I da Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e no art. I da Lei 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Além, é claro, de sua função institucional de presidir o inquérito civil e propor ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal. Logo, qualquer direito desta espécie pode ser tutelado no caso concreto pelo Ministério Público, por meio da ação coletiva.

Em se tratando de direitos difusos, o entendimento é pacífico quanto à legitimidade ativa do Ministério Público, por envolver sujeitos indeterminados que devem ser beneficiados com a tutela jurisdicional coletiva.

Em relação aos direitos coletivos, aqueles cujos titulares são grupos, classes ou categorias ligadas por uma relação jurídica em comum, conjunto formado por sujeitos indeterminados, mas determináveis, existem algumas divergências. Conforme parte da doutrina, nesses casos, caberá ao Ministério Pública a propositura da ação coletiva, dentro de suas atribuições institucionais, desde que haja interesse social relevante na questão.

³⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 190-194.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, entende-se que é atribuição do Ministério Público a sua defesa mediante ações coletivas, desde que sejam direitos individuais homogêneos indisponíveis ou que envolvam também interesse social relevante. E ainda, é pertinente a atribuição do “parquet” na defesa dos interesses e direitos individuais homogêneos, pois o rol de direitos previstos no art. 129. inciso II da Constituição Federal permite tal entendimento, já que se trata de um rol meramente exemplificativo.

Destaca-se, ainda, nos termos do art. 127, “caput”, da Constituição Federal, que o Ministério Público tem legitimidade para a defesa dos interesses sociais e dos direitos individuais indisponíveis. Com isso, firma-se a possibilidade da defesa de um direito individual mediante a tutela jurisdicional coletiva do Ministério Público, desde que esse direito seja de natureza indisponível (ou seja, aqueles direitos considerados irrenunciáveis, intransferíveis, como o direito à vida, à liberdade, à saúde, à dignidade).

Quanto à possibilidade de propositura de ação coletiva para a defesa de direito individual indisponível de idoso, esta segue amparada nos artigos 15, 74 e 79 da Lei 10741/2003 (Estatuto do Idoso), além do mais o próprio art. 74, inciso I prevê ser competência do Ministério Público a instauração de inquérito civil, de ação civil pública para a proteção dos direitos difusos, coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

De maneira semelhante, a Lei 8069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) prevê ser competência do Ministério Público a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para a proteção de interesses e direitos individuais, difusos e coletivos de crianças e adolescentes.

Em relação à defesa dos direitos individuais indisponíveis dos hipossuficientes econômicos, o Supremo Tribunal Federal entende que cabe ao Ministério Público tal competência, em locais em que a Defensoria Pública não exerça sua função constitucional de forma organizada³⁶.

³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 194-200.

3.4.3 – Associações

As associações podem propor ações coletivas para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Esta legitimidade está prevista no art. 5º, inciso V, da Lei 7347/1985 (Lei da Ação Civil Pública), e também no art. 82, inciso IV, da Lei 8078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Além disso, ambas as leis estabelecem dois requisitos para que as associações possam figurar no polo ativo das ações coletivas: a) a constituição nos termos da lei civil há pelo menos 01 (um) ano; e b) a pertinência temática entre as finalidades do ente previstas em seus atos constitutivos e o tema objeto da ação coletiva.

Em relação ao primeiro item, temos que é requisito essencial que a associação esteja devidamente registrada, há pelo menos um ano, perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas competente, nos termos do art. 45 do Código Civil. Segundo o entendimento doutrinário, tal exigência visa coibir a constituição oportunista de associações apenas com o objetivo exclusivo de propor uma determinada ação coletiva. Excepcionalmente, nos termos do § 1º do art. 82 do CDC, o requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Sobre a segunda exigência, entende-se como pertinência temática a existência de certa correspondência e afinidade entre os objetivos institucionais da associação previstos em seu estatuto social e o tipo de bem jurídico a ser tutelado mediante a ação coletiva. Ressalta-se que, segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a pertinência temática para a propositura de ações coletivas está dispensada para a Ordem dos Advogados do Brasil, considerando que seus fins institucionais englobam a defesa da Constituição Federal, do Estado de Direito, da justiça social, finalidades muito amplas, que já abrangem todos os direitos difusos e coletivos.

Sendo assim, no Brasil, a representação adequada de uma associação para propor ação coletiva é verificada pelo sistema “*ope legis*”, tendo em vista que os requisitos já estão postos pela lei, cabendo ao juiz apenas certificar o preenchimento das condições no caso concreto. Tal sistema de aferição de representação adequada sofre críticas e defesas a favor.

As críticas residem em que somente esses dois requisitos (constituição legal há pelo menos um ano e pertinência temática) são insuficientes para conferir as efetivas condições de um autor para propor ação coletiva. Por que pode haver processos coletivos cujos autores são despreparados, desmotivados ou diretamente interessados em resultado não satisfatório para a

coletividade. Segundo esta tese, o sistema “*ope legis*” adotado no Brasil para conferir a legitimidade de uma associação é algo prejudicial à própria lógica da tutela coletiva, porque abre a possibilidade de termos sentenças em processos coletivos que não representem a melhor solução para os casos concretos, situações que poderiam ser diferentes, caso os autores legitimados da demanda tivessem outros atributos, e melhores qualificações.

Por outro lado, os defensores do sistema atual adotado no Brasil utilizam como principal argumento **o modo como é produzida a coisa julgada material na tutela coletiva**. Por que nesta espécie de tutela, a coisa julgada coletiva só vincula os indivíduos se os beneficiar. Sendo assim, em relação aos direitos individuais homogêneos, somente haverá coisa julgada em tutela coletiva “*secundum eventum litis in utilibus*”, ou seja, somente quando uma sentença for favorável à coletividade é que será capaz de formar a coisa julgada coletiva sobre determinada questão. Não havendo sentença favorável, o indivíduo ou a coletividade poderão ajuizar nova demanda processual com o mesmo objeto. Nesse sentido, uma má condução processual feita por um autor despreparado ou mal intencionado não poderá prejudicar os indivíduos em geral.

Outro argumento de defesa é que, em relação aos direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*”, uma sentença de improcedência somente fará coisa julgada material “*secundum eventum probationis*”, ou seja, quando houve, na instrução processual, o devido exaurimento probatório, e esta sentença foi prolatada com base em fatos e provas suficientes. Sendo assim, havendo novas provas, será admitida a propositura de nova ação coletiva com idêntico objeto. Por isso, quando um processo coletivo for conduzido de maneira mal intencionada ou de forma precária por seu autor, sendo julgado improcedente o pedido por falta de provas, a sentença não será imutável, não ostentará, portanto, o atributo de coisa julgada material coletiva.

Todavia, se a sentença desfavorável for baseada em suficiência probatória, a decisão tornar-se-á imutável, o que, em algumas vezes, pode prejudicar a coletividade. Para evitar tal problema, é obrigatória a presença do Ministério Público, como fiscal da ordem pública no processo coletivo, impedindo, desta forma, que um autor conduza mal a ação coletiva proposta³⁷.

³⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 200-207.

3.4.4 – A Administração Pública

As pessoas jurídicas que compõem a administração pública, tanto direta como a indireta, tem legitimidade ativa para as ações coletivas, possibilidade prevista nas Leis 7.347/1985 (Lei Ação Civil Pública) e 8.078/1990 (Código Defesa do Consumidor).

Em relação à administração pública indireta, é necessário haver pertinência temática, conforme o entendimento doutrinário majoritário, entre o interesse a ser defendido em juízo e as finalidades institucionais do ente. Tal requisito é dispensado para a administração pública direta, por que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios já possuem entre os seus objetivos a defesa do bem comum de forma abrangente.

Seria ótimo se as pessoas jurídicas da administração pública tivessem um ativismo maior na propositura de ações coletivas, visando sempre a defesa dos direitos transindividuais e do bem comum. Entretanto, a situação mais corriqueira é a presença de tais sujeitos integrando a polo passivo das ações de tutela coletiva³⁸.

3.4.5 – A Defensoria Pública

A Defensoria Pública integra o rol de legitimados à propositura de ação coletiva, conforme a Lei 11.448/2007, que alterou o art. 5º, inciso II, da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

E ainda, poderia a Defensoria Pública ingressar como assistente judicial, pois é dotada de capacidade postulatória para isso, quando o autor da ação coletiva fosse uma associação, não compondo, assim, o polo ativo da demanda judicial. Nessas situações, o entendimento doutrinário se divide sobre a necessidade ou não de comprovação de hipossuficiência econômica do autor associação ou cidadão da ação coletiva. Alguns defendem ser indispensável a comprovação da carência econômica do assistido em ações coletivas. Outros entendem ser perfeitamente dispensável este item, por que a tutela de interesses transindividuais abrange a coletividade, grupos compostos por todas as classes sociais,

³⁸NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 211-213.

portanto é irrelevante a condição econômica do autor da ação coletiva, já que este não está litigando em nome próprio e nem em interesse próprio, em tese.

Atualmente, não há dúvidas quanto à legalidade da legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ações coletivas visando a tutela de direitos difusos, coletivos “stricto sensu” ou individuais homogêneos, entretanto os tipos de interesses a serem defendidos devem atingir pessoas hipossuficientes economicamente, em sua maioria. Conforme entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, se entre as pessoas beneficiadas com sentença favorável nessas ações houver indivíduos que não se enquadram em situação de pobreza jurídica, a Defensoria Pública apenas deixa de ter legitimidade ativa na fase de execução de sentença e somente em favor destas pessoas mais abastadas. Todavia, podem os excluídos da execução coletiva buscá-la por intermédio de ação de execução individual.

Também, conforme o entendimento dos tribunais superiores, haverá ilegitimidade ativa da Defensoria Pública quando for possível identificar os tutelados, enquanto integrantes de grupo, classe, categoria ou individualmente, como não hipossuficientes econômicos. Nesse sentido, a Defensoria Pública não poderia ajuizar ação coletiva visando proteger idosos contratantes de planos privados de saúde, por exemplo.

Em atenção ao art. 5º, inciso LXXIV e art. 134, ambos da Constituição Federal, a Defensoria Pública tem legitimidade ativa para tutelar qualquer interesse individual homogêneo, coletivo “stricto sensu” ou difuso, considerando que tal legitimidade segue critérios subjetivos, ou seja, sempre dependerá da natureza ou do “status” dos sujeitos protegidos, que sempre serão os necessitados³⁹.

3.4. 6 – Legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo

A legitimidade ativa de **partidos políticos, organizações sindicais, entidades de classe ou associações** para proporem o mandado de segurança coletivo está prevista no art. 5º, inciso LXX da Constituição Federal, bem como no “caput” do art. 21 da Lei 12016/2009.

³⁹NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 213-220.

Lei 12016/2009

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Constituição Federal

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Sendo assim, o partido político para estar apto a integrar o polo ativo do mandado de segurança coletivo deve ter representação no Congresso Nacional, e ainda, conforme estabelece a lei infraconstitucional, o direito transindividual a ser tutelado deve ter alguma relação com a finalidade partidária em questão. Desta forma, fica estabelecida a necessidade de haver pertinência temática entre o direito material objeto deste tipo de ação coletiva e os objetivos que embasam a atuação do partido político autor do mandado de segurança coletivo. Conforme o entendimento doutrinário majoritário, o partido político pode litigar na defesa de seus interesses legítimos, bem como sobre interesses dos indivíduos em geral, não estando restrito à defesa de interesses de seus integrantes apenas.

Interessante o debate surgido na doutrina e na jurisprudência sobre o que seria “finalidade partidária”, por que isso constitui um elemento muito abrangente, que pode sofrer ampliações e mesmo mudanças de significados decorrentes do passar do tempo e das mudanças sociais. E ainda, conforme o art. 1º da Lei 90.096/1995 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos), a finalidade partidária abrange a defesa de todos os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal:

Art. 1º “O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.”

De modo diverso, em alguns julgados, o STF tem entendido que os partidos políticos não possuem legitimidade universal para propor qualquer mandado de segurança coletivo, como se verificar na ementa do Recurso Extraordinário nº196184/AM, abaixo transcrita:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DE PARTIDO POLÍTICO. IMPUGNAÇÃO DE EXIGÊNCIA TRIBUTÁRIA. IPTU. 1. Uma exigência tributária configura interesse de grupo ou classe de pessoas, só podendo ser impugnada por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Precedente: RE nº 213.631, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 07/04/2000. 2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.(STF - RE: 196184 AM, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 27/10/2004, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 18-02-2005 PP-00006 EMENT VOL-02180-05 PP-01011 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 159-173 RTJ VOL-00194-03 PP-01034)

Segundo a legislação citada anteriormente, temos que a organização sindical, a entidade de classe e a associação legalmente constituída há pelo menos um ano também integram o rol de legitimados ativos aptos a impetrarem mandado de segurança coletivo. Sobre tais legitimados permanece, também, o requisito da pertinência temática, sendo desnecessária a autorização formal de seus membros e associados para a propositura. Isso por que não se trata de representação processual e sim de substituição processual (situação característica da tutela jurisdicional coletiva, em que o legitimado ativo atua em nome próprio, porém na defesa de interesses alheios, ou, como no caso em questão, de interesses de seus membros ou associados)⁴⁰.

3.4.7 – Legitimidade ativa na Ação de Improbidade Administrativa

Os legitimados ativos na Ação de Improbidade Administrativa são somente **a pessoa jurídica interessada (lesada)** e o **Ministério Público**, nos termos do art. 17 da Lei 8.429/1992.

Sendo assim, pessoa jurídica interessada legitimada a propor a ação de improbidade, conforme o entendimento doutrinário, é aquela que foi vitimada pelo ato lesivo, tanto da administração direta, indireta, ou fundacional, e todos os entes que integram o rol expresso no art. 1º da Lei 8.429/1992. Ressalta-se que esta legitimidade tem natureza extraordinária, por

⁴⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 220-222.

que a pessoa jurídica não ingressará em juízo pleiteando o seu interesse próprio. Sendo assim, esta ingressará em juízo em nome próprio, porém em defesa de um direito difuso, um interesse que diz respeito à coletividade, que é a proteção e recomposição do patrimônio público, o que confirma a legitimidade ativa extraordinária nesta situação, como em todas as ações do microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

A legitimidade ativa do Ministério Público decorre, além da mencionada lei infraconstitucional, e da norma constitucional expressa no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, que estabelece entre as funções institucionais do órgão estão “*a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”. Importante ressaltar que o “parquet”, nestas situações, não estará tutelando o interesse individual da pessoa jurídica lesada, e sim o interesse difuso da coletividade⁴¹

Por fim, destaca-se que **a ação de improbidade administrativa não busca apenas a tutela de reparação do patrimônio público, mas também objetiva a imposição de sanções aos agentes responsável pelo ato de improbidade**, o que diferencia este tipo processual das demais espécies de ações coletivas. E ainda, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a legitimidade ativa do Ministério Público em propor ação de improbidade administrativa refere-se, inclusive, a fatos anterior à Constituição Federal de 1988, como no julgado a seguir exposto:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. FATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E DA LEI 8.429/92. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. NÃO CONFIGURADA 1. O Ministério Público ostenta legitimidade ad causam para a propositura de ação civil pública objetivando o ressarcimento de danos ao erário, decorrentes de atos de improbidade praticados antes da vigência da Constituição Federal de 1988, em razão das disposições encartadas na Lei 7.347/85. Precedentes do REsp 839650/MG">STJ: REsp 839650/MG, SEGUNDA TURMA, DJe 27/11/2008; REsp 226.912/MG, SEXTA TURMA, DJ 12/05/2003; REsp 886.524/SP, SEGUNDA TURMA, DJ 13/11/2007; REsp 151811/MG, SEGUNDA TURMA, DJ 12/02/2001. 2. É que sobressai indene de dúvidas a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, abarcando nessa previsão o resguardo do patrimônio público, com supedâneo no art. 1.º, inciso IV, da Lei n.º 7.347/85, máxime diante do comando do art. 129, inciso III, da Carta Maior, que prevê a ação civil pública, agora de forma categórica, como instrumento de proteção do patrimônio público e social. Precedentes do REsp 686.993/SP"> REsp 686.993/SP">STJ: REsp n.º 686.993/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006; REsp n.º 815.332/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006; e REsp n.º 631.408/GO, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005. 3. Os embargos de

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**: volume único – 3º ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp – 223-227.

declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC. 4. Recurso Especial provido. (STJ - REsp: 1113294 MG 2008/0215464-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/03/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/03/2010)

3.5 A Coisa Julgada

Coisa julgada é a situação jurídica que consolida o mérito de determinada sentença judicial, impedindo que tal conteúdo seja novamente discutido, tornando estável a decisão. Logo, a coisa julgada é a própria preservação do conteúdo da sentença, algo que contribui para a segurança jurídica no âmbito da sociedade.

O **regime da coisa julgada coletiva** é bem diferente daquele que rege o processo individual. É um dos aspectos mais significativos que distingue a tutela jurisdicional coletiva da individual.

Esta diferenciação tem por objetivo, principalmente, estabelecer duas garantias processuais. Primeiramente, visa impedir que a imutabilidade de uma decisão judicial, nos mesmos pressupostos do regime da coisa julgada no processo individual, e que isso venha a prejudicar as pessoas que são titulares do direito subjetivo defendido. Estes sujeitos não participam da relação processual, tendo em vista que no processo coletivo vigora a legitimidade extraordinária, na qual os entes legitimados defendem interesse alheio em nome próprio. Logo, pretende-se evitar que algum dos legitimados ajuíze ação coletiva justamente para frustrar, para prejudicar uma demanda coletiva que possui justa causa, mediante uma má condução processual que leve à sucumbência a parte ativa, ou seja, uma litigância de má-fé. Outro objetivo que justifica o regime jurídico da coisa julgada coletiva é impedir o risco de exposição do réu a inúmeras vezes ao Judiciário por uma mesma causa. Visa-se impedir que o réu seja demandado infinitas vezes sobre um mesmo tema, limitando, assim, o poder estatal para que não possa rever algo já decidido.

A regra geral do microsistema da tutela coletiva está positivada no art. 103 do CDC, que estabelece o seguinte:

CAPÍTULO IV - Da Coisa Julgada

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Como se percebe, podemos compreender o regime jurídico da coisa julgada coletiva a partir da análise de três elementos: 1) os limites subjetivos (os sujeitos que devem se submeter às decisões que formam coisa julgada); 2) os limites objetivos (aquilo que se submete à coisa julgada); e 3) o modo de produção, como se concretiza, como se forma a coisa julgada.

Em relação ao segundo elemento, os limites objetivos, a regra é a mesma do processo individual. Ou seja, o conteúdo integral da norma jurídica individualizada que é produzida na sentença que julgou a questão principal do processo faz coisa julgada, bem como as resoluções de outras questões incidentais que foram decididas na fundamentação, conforme os pressupostos do art. 503, §§ 1º e 2º do CPC.

Os outros dois elementos, os limites subjetivos e o modo de produção, são o que realmente distinguem a coisa julgada na tutela jurisdicional coletiva. A seguir, analisaremos estes dois elementos nas ações coletivas que defendem direitos difusos, direitos coletivos “*stricto sensu*” e direitos individuais homogêneos⁴².

3.5.1 Coisa julgada coletiva nas ações sobre direitos difusos e coletivos

Em relação ao elemento subjetivo, nas ações que envolvem **direitos difusos**, a coisa julgada é “*erga omnes*”, por que a situação jurídica litigiosa refere-se a pessoas indeterminadas, uma coletividade que inclui a maioria ou todos os membros da sociedade.

Todavia, em relação ao elemento subjetivo, nas ações que envolvem **direitos coletivos** “*stricto sensu*”, a coisa julgada é “*ultra partes*”, pois o litígio em questão refere-se a um

⁴²DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** – v4. 10ª Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp. 393-396

grupo específico, a pessoas determináveis, logo todos os membros deste grupo ficam vinculados à coisa julgada, que se refere à relação jurídica pertinente apenas a estes.

Considerando o modo de produção, a maneira como é formada, a coisa julgada coletiva é “*secundum eventum probationis*”, nas ações que envolvem direitos difusos e coletivos “*stricto sensu*”. Ou seja, só se forma coisa julgada quando houver o esgotamento das provas. Neste sentido, a demanda só poderá ser considerada procedente se houver o esgotamento de provas; ou improcedente somente se houver suficiência de provas. Logo, a decisão judicial só produzirá coisa julgada nas hipóteses em que forem exauridos todos os meios de provas.

Todavia, se a decisão julgar a demanda improcedente por falta de provas, não haverá produção de coisa julgada coletiva. Sendo assim, na insuficiência de provas ocorre uma mitigação da eficácia preclusiva da coisa julgada material, por que ou a questão não é decidida ou é decidida sem o caráter de definitividade, não é estável, em decorrência da própria lógica do “*secundum eventum probationis*”.

Para que haja juízo de admissibilidade de uma ação coletiva reproposta, é preciso a apresentação de nova prova, *uma nova prova suficiente*, e esta deve ser capaz de eventualmente produzir um resultado diferente daquele obtido no processo anterior. Portanto, a coisa julgada “*secundum eventum probationis*”, nas ações coletivas que envolvem direitos difusos ou coletivos “*stricto sensu*”, tem por objetivo dar maior valor à justiça do que à segurança jurídica, bem como proteger o processo coletivo do conluio e da fraude processual.

Ressalta-se, ainda, que uma decisão de procedência ou improcedência, com o esgotamento de provas, tornar-se-á indiscutível no âmbito coletivo. Não sendo admissível a repositura da mesma questão coletiva, mesmo que seja por outro legitimado⁴³.

3.5.2 Coisa julgada coletiva nas ações sobre direitos individuais homogêneos

A coisa julgada coletiva nas ações que tratam de direitos individuais homogêneos, quanto ao elemento subjetivo, será “*erga omnes*”, apenas no caso de procedência do pedido,

⁴³DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4 - 10ª Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp. 397-399

para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, conforme dispõe o art. 103, inciso III, do CDC. Percebe-se que a regra estabelece uma extensão da coisa julgada coletiva ao plano individual, porque na realidade tratam-se de demandas individuais que são tuteladas coletivamente⁴⁴. Neste sentido, a vítima ou seu sucessor poderá promover a liquidação ou a execução com base na sentença de procedência, com isso não há necessidade de ser ajuizada nova ação para requerer a condenação no réu. E é somente no momento da liquidação ou da execução da sentença que a ação coletiva se individualiza para cada um dos beneficiados do direito individual homogêneo, efetivando o seu efeito “*erga omnes*”.

Temos assim, conforme o modo de produção, a coisa julgada é “*secundum eventum litis*”, (secundo o evento da lide), ou seja, somente é produzida quando a demanda for julgada procedente. Se a ação for julgada improcedente, poderá haver a repropositura, pois a sentença ali proferida não produziu coisa julgada material em relação aos direitos individuais homogêneos que foram tutelados.

⁴⁴DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 4 - 10ª Ed – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, pp. 399-400

3 - PRINCIPAIS INSTRUMENTOS DE TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA PARA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS

A Constituição Federal de 1988 é eficaz no reconhecimento dos direitos fundamentais, todos ligados ao conteúdo da dignidade humana, os quais são por esta tutelados e garantidos a todos os indivíduos. Logo, o Princípio da Dignidade Humana constitui a base do Estado democrático de direito. Assim sendo, como forma de proteção aos princípios constitucionais, a Constituição prevê dois meios de garantias instrumentais que possibilitam o efetivo cumprimento dos direitos fundamentais: os princípios processuais constitucionais e as ações constitucionais.

Em relação ao primeiro meio de garantias instrumentais, temos que os princípios processuais constitucionais garantem a obrigação, no plano da operação da atividade jurisdicional, da prestação jurisdicional, possibilitando a defesa diante de qualquer alegação, e o amplo conhecimento de tudo quanto ocorra no processo, além de outras garantias de igual relevância.

Em segundo lugar, temos como garantias instrumentais as próprias ações constitucionais tipificadas, meios processuais de defesa de direitos fundamentais, previstos objetivamente no texto constitucional.

Por isso, percebe-se claramente que a tentativa de tutela os direitos fundamentais está fortemente prevista na Constituição Federal, podendo-se vislumbrar mais facilmente as ações constitucionais, que estão expressamente previstas em seu texto. Diferentemente, princípios processuais constitucionais que, muitas vezes, podem estar previstos tacitamente, demandando um maior esforço hermenêutico do leitor para sua aplicação prática.

Ressalta-se que as ações constitucionais surgiram com o intuito de dar efetividade às normas que preveem os direitos fundamentais, e para tanto, são propostas contra o próprio Estado (ou em alguns casos, em face do particular, como em algumas hipóteses de ação civil pública), que por sua vez, tem a obrigação de tutelar tais direitos inerentes a todo indivíduo. Para isso, essas ações se utilizam de procedimentos céleres e eficientes, que visem cobrar do Poder Público o exato cumprimento do ordenamento jurídico.⁴⁵

⁴⁵WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Reflexões sobre as Ações Constitucionais e sua Efetividade. In: DIDIER, Jr, Fredie (ORG.) **Ações Constitucionais**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011, pp.21-24.

Por todo o exposto, passamos a especificação das três principais ações constitucionais utilizadas para dar efetividade aos direitos fundamentais sociais: **a ação popular, a ação civil pública e o mandato de segurança coletivo.**

4.1 - AÇÃO POPULAR

A ação popular é uma das garantias fundamentais do indivíduo, prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal:

“LXXII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

A ação popular pode ser entendida como um tipo de ação coletiva constitucional, incluída entre as garantias fundamentais do cidadão. É um dos meios para exercício dos direitos políticos de participação direta na fiscalização dos poderes públicos, utilizada para o controle jurisdicional de atos ou omissões ilegais capazes de ameaçar ou causar dano ao erário.⁴⁶ Além disso, atualmente, a ação popular objetiva tutelar os seguintes bens: o patrimônio público estatal, os recursos públicos aplicados em entes públicos ou privados, a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico e cultural.⁴⁷

O patrimônio público sujeito à defesa por intermédio da ação popular é o mais amplo possível, abrangendo bens móveis, imóveis, ações, créditos públicos, meio ambiente, conforme se depreende do entendimento do artigo 1º da Lei nº 4.747/1965:

⁴⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 350

⁴⁷ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. DIDIER Jr., Fredie (ORG.). **Ações Constitucionais**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, pp. 283-284

“Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.”

4.1.1 – Legitimidade Ativa na Ação Popular

A Constituição Federal estabelece ao cidadão o direito de propor ação popular, exercendo uma espécie de legitimidade extraordinária, por que em nome próprio poderá defender direito alheio, coletivo, ou seja, direito transindividual. Mesmo que o resultado da ação popular possa trazer algum benefício ao cidadão impetrante, isso não é fator suficiente para lhe retirar sua legitimidade ativa extraordinária. Assim sendo, o único legitimado a propor originariamente a ação popular é o cidadão, entendido como aquele que é eleitor, que está em pleno gozo de seus direitos políticos, devendo estar quite com suas obrigações eleitorais, comprovando isso através da apresentação do título de eleitor e dos comprovantes das últimas votações. Porém, aquele que estiver com seus direitos políticos suspensos, como pode ocorrer com o réu em ações de improbidade administrativa, ou em ações de inelegibilidade, não pode propor ação popular.

Ressalta-se, ainda, que a pessoa jurídica não tem legitimidade para propor ação popular, como bem esclarece o teor da Súmula 365 do STF.

A ação popular requer também capacidade postulatória, por isso o cidadão necessita estar acompanhado de advogado para estar em juízo, ou ser ele próprio advogado para estar apto a litigar perante o Poder Público.

Controvérsias doutrinárias surgem quando se trata do cidadão menor, o eleitor entre 16 e 18 anos incompletos.

Uma das correntes defende a capacidade plena de fato do eleitor entre 16 e 18 anos, visto que pode exercer sozinho o seu direito ao voto, também poderia propor ação popular sozinho, que é uma manifestação de cidadania, prescindindo da assistência de seus

pais ou responsáveis.

Outra corrente distinta entende que, embora a capacidade eleitoral possa ocorrer aos 16 anos, esta é distinta e autônoma da capacidade civil e processual, devendo, portanto, o eleitor menor de 18 anos deve estar assistido ao propor ação popular.⁴⁸

Quando, eventualmente, o cidadão abandonar ou não der continuidade à ação popular, cabe a qualquer outro cidadão, ao Ministério Público a responsabilidade de assumir o polo ativo da demanda processual, caso este último verifique que há interesse público a ser defendido no feito, conforme estabelece o art. 9º da Lei 4.715/1965:

“Art. 9º Se o autor desistir da ação ou der motivo à absolvição da instância, serão publicados editais nos prazos e condições previstos no art. 7º, inciso II, ficando assegurado a qualquer cidadão, bem como ao representante do Ministério Público, dentro do prazo de 90 (noventa) dias da última publicação feita, promover o prosseguimento da ação.”

4.1.2 – Legitimidade Passiva na Ação Popular

Os sujeitos passivos na ação popular são as pessoas cujo patrimônio se pretende proteger, ou seja, a União, Distrito Federal, Estados, Municípios, entidades autárquicas, fundações públicas, empresas públicas, empresas de economia mista, fundações de direito privado federais, estaduais, municipais distritais, os serviços sociais autônomos, e quaisquer outras pessoas jurídicas subvencionadas pelos cofres públicos.

As autoridades que devem integrar o polo passivo são aquelas responsáveis diretas pelo ato administrativo a ser impugnado, incluindo as autoridades que praticaram o ato e as autoridades que foram beneficiadas por este ato ilícito, podendo haver, nestes casos, a formação de litisconsórcio passivo necessário.⁴⁹

Uma peculiaridade da ação popular é a admissão da inércia da pessoa jurídica demandada, permitindo inclusive que atue como “assistente” do polo ativo, ao lado do

⁴⁸ RODRIGUES, Geisa de Assis.. Ação Popular. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG.). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. - Salvador: Juspodivm, 2011, pp. 285-288

⁴⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. DIDIER Jr., Fredie (ORG.). **Ações Constitucionais**. 5ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2011, pp. 288-292

cidadão, conforme o entendimento do §3º, do art. 6º da Lei 4.717/1965:

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Esta regra não significa exclusão da responsabilidade do legitimado passivo na demanda judicial, a alternativa criada pela lei é possibilitar ao réu a não resistência ao processo, aderindo assim às razões no autor, visando o interesse público. Inclusive, este é o entendimento exposto no Recurso Especial nº 1185928 da 2ª Turma do STJ/SP, transcrito abaixo:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ENTE PÚBLICO. MUDANÇA PARA O POLO ATIVO APÓS O OFERECIMENTO DA CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE

1. Em se tratando de ação popular, é permitido ao ente público migrar do polo passivo para o ativo a qualquer tempo, a juízo de seu representante legal, a fim de defender o interesse público. Precedentes. 2. Recurso Especial não provido.

(STJ – Resp. 1185928 SP 2010/0051351-5, Relator: Ministro Castro Meira, data do julgamento: 25/06/2010, T2 – Segunda Turma, data da publicação; DJe 28/06/2010)”

4.1.3 – Os atos passíveis de invalidação pela Ação Popular

O objeto da ação popular é o ato administrativo que provoca efeitos concretos, inseridas neste rol estão as leis de efeito concreto, e todos os atos da Administração, incluindo aqueles realizados no âmbito do direito privado. Sendo assim, os seguintes atos são passíveis de controle pela ação popular: atos administrativos vinculados e discricionários, os atos legislativos de efeitos concretos, e os atos de gestão. Ficam excluídos do controle da ação popular os atos jurisdicionais, a menos que digam respeito a decisões homologatórias de acordo que violem bens, interesses e serviços públicos.

Há possibilidade de cabimento de ação popular perante omissão, desde que esta tenha produzido um evento danoso ao patrimônio público, como previsto no art. 6º da Lei 4.717/1965.⁵⁰

⁵⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Popular. In: DIDIER Jr., Fredie (ORG.). **Ações Constitucionais**. 5ª Ed.

4.1.4 – Competência

A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República é, em regra, do juízo competente de primeiro grau. Assim sendo, a Lei da ação popular estabelece que, conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer a ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município, nos termos do art. 5º da Lei 4.717/1965.

“Art. 5º Conforme a origem do ato impugnado, é competente para conhecer da ação, processá-la e julgá-la o juiz que, de acordo com a organização judiciária de cada Estado, o for para as causas que interessem à União, ao Distrito Federal, ao Estado ou ao Município.

§ 1º Para fins de competência, equiparam-se atos da União, do Distrito Federal, do Estado ou dos Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que elas sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

§ 2º Quando o pleito interessar simultaneamente à União e a qualquer outra pessoas ou entidade, será competente o juiz das causas da União, se houver; quando interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, será competente o juiz das causas do Estado, se houver.”

Temos, no art. 5º , § 1º da Lei 4.717/1965, a regra da competência por equiparação, dispondo que equiparam-se aos atos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios os atos das pessoas criadas ou mantidas por essas pessoas jurídicas de direito público, bem como os atos das sociedades de que sejam acionistas e os das pessoas ou entidades por elas subvencionadas, ou em relação às quais tenham interesse patrimonial.

Entretanto, conforme o entendimento jurisprudencial consolidado, se for parte sociedade de economia mista, a competência é da justiça estadual, salvo quando a União intervenha na causa como assistente ou oponente. Neste sentido, temos as Súmulas 517 e 556 do STF e a Súmula 42 do STJ.

Súmula 517

“As sociedades de economia mista só têm foro na Justiça Federal, quando a União intervém como assistente ou oponente.”

Súmula 556

“É competente a Justiça comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista.”

Súmula 42/STJ - 11/07/2017. Competência. Crime. Causas cíveis. Sociedade de economia mista. Justiça Estadual Comum. CF/88, art. 109, I e IV.

“Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.”

Outra regra foi estabelecida para situações em que há mais de um órgão público envolvido no polo passivo. Assim, o teor do art. 5º, § 2º da Lei 4.717/65 estabelece a prevalência da competência da justiça federal sobre a estadual, o que ocorrerá quando a causa envolver, simultaneamente, a União e qualquer outra pessoa ou entidade estadual ou municipal. De modo análogo, quando a demanda interessar simultaneamente ao Estado e ao Município, a competência será estadual.

E ainda, de acordo com o entendimento do STF, **temos que o foro especial por prerrogativa de função não alcança as ações populares ajuizadas contra as autoridades detentoras destas prerrogativas**. Logo, cabe à justiça ordinária de primeira instância julgá-las, ainda que proposta contra atos de autoridade que, em ações de natureza penal, teriam direito a foro especial.

A ação popular não se insere nas hipóteses de competência originária do STF (art. 102, CF) ou do STJ (art. 105, CF) ou de outros tribunais. Então, definitivamente, não há foro por prerrogativa de função em sede de ação popular.

Todavia, ressalta-se que compete ao STF julgar ação popular na qual a decisão possa criar um conflito entre entes federados, por força do disposto no art. 102, inciso I, "f", da Constituição Federal. Logo, nesse caso, a competência será originária do STF, a fim de resguardar o equilíbrio federativo. Fixa o disposto no art. 102, inciso I, "f", da Constituição Federal que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, as causas e os conflitos entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.

Outro aspecto importante é que no art. 5º, § 3º da Lei 4.717/1965 há previsão sobre uma espécie de prevenção especial para a ação popular, ao dispor que a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações populares que forem posteriormente

ajuizadas em face das mesmas partes e sob os mesmos fundamentos. Na verdade, difere da prevenção do dos arts. 54 e 55 do CPC, nos quais a continência e a conexão só modificam a regra da competência relativa. Explica-se esta força atrativa da prevenção especial por que as causas das ações populares, em geral, são de natureza coletiva.

Por fim, ressalta-se que os Juizados Especiais Federais ou Estaduais, nos termos das Leis 9099/95 e 10.259/2001, não tem competência para o processamento de ações populares.⁵¹

4.1.5 – O Procedimento

O procedimento relativo à ação popular é o procedimento comum ordinário, como dispõe o “caput” do art. 7º da Lei 4.717/1965, com algumas peculiaridades como o prazo de 20 (vinte) dias, prorrogáveis por mais 20 (vinte) dias para a apresentação da contestação (art. 7º, inciso IV da Lei da Ação Popular).

A petição inicial deve obedecer aos requisitos do art. 319 do CPC, e deve estar acompanhada da prova de cidadania do autor, com a apresentação do título eleitoral e comprovante das últimas votações. O cidadão é legitimado para propor ação popular, mas por si só não tem capacidade postulatória, por isso deve estar representado por advogado inscrito na OAB.⁵²

Como a ação popular é uma espécie de ação coletiva destinada inclusive à tutela de interesses difusos, a esta são aplicáveis as diretrizes do *microsistema de tutela jurisdicional coletiva comum*, principalmente as regras principiológicas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, no que for compatível.

O pedido formulado na petição inicial, conforme o art. 319, inciso IV do CPC, pode conter até quatro requerimentos: 1) a decretação de invalidade do ato ou omissão; 2) a descontinuidade do ato; 3) a declaração de omissão; 4) condenação em perdas e danos ou em

⁵¹ ALMEIDA, Gregório Assagra. **Manual das Ações Constitucionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. pp. 362-364

⁵² RODRIGUES, Geisa de Assis. Ação Polupar. In: DIDIER Jr., Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p p.303-304.

obrigação de fazer, não fazer e entregar. Em geral, ocorre a cumulação de pedidos. **Porém, não será permitido o pedido de sanções ao agente público, por que isto é uma previsão da Lei 8.419/1992 (Lei da Improbidade Administrativa)**, que possui legitimidade ativa diversa, ou seja, o Ministério Público. Sobre a vedação aos pedidos de sanção na ação popular, já existe entendimento do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com a ementa do Recurso Especial transcrita abaixo.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. ATO DE IMPROBIDADE. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES IMPOSTAS PELA LEI N.º 8.429/92. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E TIPICIDADE.

1. O direito administrativo sancionador está adstrito aos princípios da legalidade e da tipicidade, como consectários das garantias constitucionais (Fábio Medina Osório in Direito Administrativo Sancionador, RT, 2000).
2. À luz dos referidos cânones, ressalvadas as hipóteses de aplicação subsidiária textual de leis, a sanção prevista em determinado ordenamento é inaplicável a outra hipótese de incidência, por isso que inacumuláveis as sanções da ação popular com as da ação por ato de improbidade administrativa, mercê da distinção entre a legitimidade ad causam para ambas e o procedimento, fato que inviabiliza, inclusive, a cumulação de pedidos. Precedente da Corte: REsp 704570/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 04.06.2007.
3. A analogia na seara sancionatória encerra integração da lei in malam partem, além de promiscuir a coexistência das leis especiais, com seus respectivos tipos e sanções
4. Recurso especial desprovido.

(STJ – Resp. 879360 SP 2006/0186710-2, Relator: Ministro Luiz Fux, Data do Julgamento: 17/06/2008, T1 – Primeira Turma, Data da Publicação: DJe 11/09/2008).

É cabível o pedido de tutela provisória, cautelar ou antecipatória dos efeitos finais, a ser concedida “inaudita altera parte”, além do mais não há preclusão temporal para a elaboração de tal pedido.

Sobre a possibilidade ou não de audiência de conciliação prevista no art. 334 do CPC, observa-se que tal audiência não poderá ser realizada quanto ao direito material em questão, que não permite autocomposição, tendo em vista que envolve interesse público. Por isso essa possibilidade está afastada na ação popular. Principalmente por que o objeto de tutela neste tipo de ação são direitos indisponíveis, transindividuais, coletivos “lato sensu”, e por tal razão é inviável qualquer espécie de transação.

Admite-se, ainda, a conciliação na ação popular sobre questões estritamente processuais, sobre a forma de condução do processo, sobre prazos ou modo de cumprimento de obrigações, por exemplo.

Sobre os demais aspectos, em geral, a ação popular segue o rito do processo de conhecimento comum ordinário, previsto no Código de Processo Civil.⁵³

4.2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Este instrumento processual foi instituído pelo legislador com o objetivo de ser um meio jurídico capaz de promover com eficácia a proteção dos bens jurídicos coletivos.

As espécies de direitos que podem ser tutelados pela ação civil pública de responsabilidade de danos morais e patrimoniais estão previstos no art. 1º, da Lei 7.347/1985, entretanto este rol é meramente exemplificativo.

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, **sem prejuízo da ação popular**, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados (grifo nosso):

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

V - por infração da ordem econômica

VI à ordem urbanística

VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos

VIII – ao patrimônio público e social.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

O dispositivo do art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/1985 é fortemente criticado pela doutrina, por que parece vexatório uma norma legal afastar o Poder Público do alcance das ações coletivas, cuja uma eventual sentença favorável poderia impor-lhe obrigações de reparação de dano em dimensões consideráveis. Sendo assim, o interessado somente dispõe da tutela individual para assegurar suas pretensões previdenciárias, tributárias, etc. Esta questão é considerada pela doutrina como uma afronta ao princípio da inafastabilidade da

⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed – Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 333-347.

jurisdição. Outra objeção ao mencionado dispositivo, é que ao Poder Público é permitido o ajuizamento de ação civil pública quando o objeto for a anulação de qualquer tipo de acordo de natureza tributária que gere danos à Fazenda Pública, ou a solicitação de revogação de qualquer espécie de benefício fiscal ilegal que se configure lesivo ao erário. Ou seja, para os contribuintes somente cabem ações individuais; para o Poder Público, a ação coletiva.

A ação civil pública possui o mais extenso campo de cabimento dentre todas as ações coletivas que integram o processo coletivo comum. É cabível nas três espécies de direitos transindividuais (difuso, coletivo “stricto sensu” e individual homogêneo), além dos direitos individuais indisponíveis das crianças e adolescentes, dos idosos, a saúde pública, a educação, etc.⁵⁴

4.2.1 Direitos tutelados pela ação civil pública

Conforme a análise apresentada no item 3.2 do presente trabalho, a Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei 8.078/1990 (CDC) são os principais diplomas legais que compõem o microssistema da tutela coletiva no ordenamento jurídico pátrio. Considerando esta inter-relação de normas legais, os direitos tutelados pela ação civil pública estão elencados no art. 81, parágrafo único da Lei 8.078/1990, transcrito abaixo.

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁵⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 394-396

Ressalta-se que os direitos a seguir qualificados podem ser tutelados por todos os meios processuais da tutela jurisdicional coletiva, com exceção dos direitos individuais homogêneos que não podem ser tutelados por mandado de segurança coletivo.

Sendo assim, os direitos tutelados pela ação civil pública, e pelos demais instrumentos de tutela jurisdicional coletiva são os seguintes: direitos difusos, direitos coletivos “stricto sensu”, direitos individuais homogêneos, e, em relação somente ao legitimado ativo Ministério Público, soma-se os direitos indisponíveis de crianças e adolescentes e de idosos.

Os **direitos e interesses difusos** são direitos transindividuais, de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Entende-se por “transindividual” aquele direito que não tem como titular um indivíduo apenas, ocorrendo a titularidade coletiva. E ainda, consta a natureza indeterminada destes titulares coletivos, pois não é possível, e não é necessário qualificá-los e identificá-los na sua totalidade. A natureza indivisível significa que não há como realizar o fracionamento do direito entre os membros que compõem a coletividade. O terceiro elemento que distingue os direitos e interesses difusos é que os membros da coletividade, os titulares deste direito estão ligados por circunstâncias de fato apenas, elementos comuns da vida cotidiana que podem atingir qualquer pessoa indistintamente. São exemplos de interesses e direitos difusos o direito à preservação do meio ambiente, o direito ao acesso à água potável, o direito de proteção contra propaganda enganosa, etc.

Os **direitos e interesses coletivos “stricto sensu”** são também direitos transindividuais, com a mesma natureza indivisível, seus titulares são indeterminados, mas é possível identificá-los, são uma coletividade inserida numa categoria, ou classe de pessoas, sendo que tais membros estão interligados por uma relação jurídica comum. Este último elemento reside em que, sendo solucionado o problema objeto da ação civil pública, a relação jurídica entre estes membros da coletividade permanecerá, na medida em que continuam pertencendo a um grupo ou classe específica. São exemplos de direitos e interesses coletivos àqueles pertinentes aos direitos dos professores da rede pública estadual do Rio de Janeiro, direitos dos petroleiros, direitos dos trabalhadores em segurança privada, direitos dos trabalhadores em saúde no município de Por Alegre, etc.

Os **direitos individuais homogêneos** são aqueles que atingem um número considerável de pessoas, são direitos divisíveis, são direitos individuais, seus titulares são identificáveis, porém o legislador preferiu tratá-los como direitos transindividuais. Sendo assim, o titular de direito individual homogêneo pode optar tanto em buscar a tutela jurisdicional individual

como a coletiva, a fim de ver resolvida sua pretensão judicial. Os direitos individuais homogêneos possuem origem comum, ou seja, a causa de pedir tem os mesmos fatos e fundamentos jurídicos. Em ações cujo objeto seja este tipo de direito, busca-se uma sentença condenatória genérica, que permita o aproveitamento a todos os titulares do direito. Entretanto, após a decisão final judicial, cada titular do direito deverá ingressar com uma liquidação de sentença individual, a fim de que seja comprovado o nexo de causalidade e o dano individualmente sofrido pelo liquidante.

Os **direitos individuais indisponíveis** são os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. São outra categoria de direitos que o legislador preferiu atribuir tratamento de direito transindividual. Isso decorre principalmente do disposto no art. 201, inciso V, da Lei 8.069/1990 (ECA) e do art. 74, inciso I, da Lei 10.741/2001 (Estatuto do Idoso), nos quais há a atribuição de legitimidade ao Ministério Público para a tutela dos direitos individuais indisponíveis das crianças e adolescentes e dos idosos, através dos instrumentos do microsistema coletivo.⁵⁵

4.2.2. Competência

A competência para a propositura da ação civil pública vem expressa no art. 2º da Lei 7347/1985: “Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa”.

Tal norma, aparentemente, traz uma contradição, pois se as ações devem ser propostas no local do dano, por que a competência seria funcional? De acordo com o entendimento doutrinário, a referência à competência funcional no texto legal serve para demarcar que a competência em ação civil pública é absoluta, sendo rechaçado qualquer entendimento sobre competência territorial, que, se fosse admitida, configuraria uma competência relativa. Portanto, a competência a que se refere a norma acima é absoluta, não podendo ser modificada, e é fixada com base no local onde ocorrer o dano. Trata-se da mesma exceção também prevista no art. 53, inciso IV, “a”, do CPC, que fala da competência do “*foro rei*

⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª ed -. Salvador: Juspodivm. 2017, pp. 396-406

sitae” para as ações que envolvem reparação de dano.⁵⁶

A expressão “local do dano” não seria a mais adequada considerando o possível objeto da ação civil pública, instrumento processual que pode ser utilizada tanto na tutela repressiva como na preventiva, para prevenir um dano, um ato ilícito. Outrossim, o pedido na ação civil pública pode ser declaratório ou constitutivo, e por isso também a expressão “local do dano” não seria pertinente. Por estas razões, “o local do dano” deve ser interpretado como o local onde se situa o tipo de direito tutelado, primordialmente quando se trata de interesses difusos, com titulares indetermináveis.

Ressalta-se ainda, a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 7347/1985, que constituiu uma tentativa de enfraquecer a força social da ação civil pública, buscando estabelecer que a coisa julgada coletiva somente teria validade nos limites da competência do órgão territorial prolator da sentença.

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Sendo assim, conforme o entendimento doutrinário majoritário, a norma supracitada é inconstitucional, devendo ser utilizado, neste caso, o dispositivo do art. 103 de Lei 8.078/1990 (CDC), que, na prática, revogou o art. 16 da Lei da ACP:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

⁵⁶ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. –Salvador: Juspodivm. 2011, pp. 404-406

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

No caso de a ação civil pública envolver interesse da União Federal ou de suas entidades, a competência para julgamento da demanda coletiva será da justiça estadual do local onde ocorreu ou possa ocorrer o dano, prevalecendo a norma do art. 2º da Lei 7347/1985, com autorização fixada pelo art. 109, § 3º da Constituição Federal.⁵⁷

4.2.3 Legitimados ativos na Ação Civil Pública

A legitimidade para agir (“*legitimatatio ad causam*”) é a pertinência subjetiva da demanda, trata-se de uma situação prevista em lei que confere a um determinado sujeito a possibilidade de propor a ação judicial e, outro lado, sujeito diverso será integrante do polo passivo. Na tutela jurisdicional coletiva, temos a legitimidade ativa extraordinária, que confere a certos entes a prerrogativa de defenderem, em seu próprio nome, interesse ou direito alheio transindividual. Logo, na ação civil pública, temos o seguinte rol de legitimados ativos a proporem a demanda judicial coletiva, expressa no art. 5 da Lei 7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

⁵⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. –Salvador: Juspodivm. 2011, pp. 406-407

4.2.3.1 Legitimidade Ativa do Ministério Público

A legitimidade ativa do Ministério Pública para a tutela de direitos e interesses transindividuais têm previsão infraconstitucional, especificamente no art. 5º da Lei 7.347/1985 (Lei da Ação Civil Pública) e no art. 82 da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor).

Além disso, de acordo com os artigos 127 e 129, inciso III e §1º, da Constituição Federal, temos a legitimidade do “parquet” para a propositura de ações relativas à tutela do patrimônio público, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. E também, nas ações deste tipo, o Ministério Público, necessariamente, deve atuar como fiscal da lei, quando não for uma das partes da respectiva demanda coletiva. Ressalta-se que a legitimação do “parquet” não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei.

Entretanto, em relação a interesse público secundário, pertencente a pessoa jurídica de direito público, é proibida a representação judicial do Ministério Público, conforme art. 129, inciso IX, da CF.

Para a tutela de direitos individuais homogêneos, o Ministério Público terá a legitimidade para a propositura de ação civil pública somente se tais direitos forem referentes a interesses indisponíveis e se houver repercussão social envolvendo o tema, o que é uma das características da dimensão qualitativa dos direitos sociais (art. 6º da CF).

Destaca-se, ainda, que quando a demanda envolver direitos difusos ou coletivos, qualquer dos entes legitimados no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública ou no art. 82 do CDC está apto a propor a respectiva ação de liquidação de sentença, mesmo aqueles legitimados que não participaram do processo de conhecimento formador do título executivo judicial.⁵⁸

4.2.3.2 Legitimidade ativa da Defensoria Pública

⁵⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. –Salvador: Juspodivm. 2011, pp. 394-396

Após a edição da Lei nº 11.448/2007, que alterou o art. 5º da Lei nº 7.347/1985, a Defensoria Pública ficou definitivamente legitimada à propositura de ação civil pública. Sendo assim, atualmente, não resta dúvida quanto a sua adequação como inserida no rol de legitimados ativos na ação civil pública. Antes disso, o art. 82, inciso III do CDC já previa tal possibilidade.

Curioso ressaltar que, após a promulgação da Lei 11.448/2007, a CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943/2007, no STF, insurgindo-se contra a inclusão da Defensoria Pública no rol de legitimados ativos da ação civil pública, sob a alegação que esta inserção afetaria as funções do Ministério Público. Esta ADIN foi julgada improcedente.

Posteriormente, houve a reforma da Lei Complementar 80/94 pela Lei Complementar 132/2009, estabelecendo a nova Lei Orgânica da Defensoria Pública. Com este novo diploma legal, ficou constituída a atribuição institucional da Defensoria Pública para “*promover a ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos quando o resultado da demanda poder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes.*”

Deste modo, a legitimidade ativa da Defensoria Pública para as ações coletivas faz parte dos próprios objetivos daquela instituição, promovendo o acesso à justiça das pessoas menos favorecidas.⁵⁹

4.2.3.3 A legitimidade ativa das pessoas jurídicas da Administração Pública

As pessoas jurídicas que compõem a Administração pública, tanto direta como indireta, possuem legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública. No entanto, não é comum ver os órgãos representativos do Estado ajuizando ações para a garantia dos interesses e direitos transindividuais. Ao contrário, é bem frequente encontrar a Administração Pública integrando o polo passivo destas ações.

Em relação às pessoas jurídicas de direito público da administração direta, conforme o

⁵⁹RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. –Salvador: Juspodivm. 2011, pp. 396-399

entendimento doutrinário majoritário, é dispensável a exigência de pertinência temática entre o interesse ou direito defendido e os interesses próprios do ente estatal do polo ativo, isso quando a demanda é socialmente útil e relevante. Entretanto, considera-se adequado que haja uma ligação entre o interesse defendido em juízo e os limites territoriais da atuação do órgão da Administração Pública em questão.

No que se refere às pessoas jurídicas da administração indireta, considerando que seus objetivos institucionais estão ligados a áreas específicas, o que delimita seu âmbito de atuação dentro do poder público, é exigido a vinculação a sua área geográfica de atuação para o ajuizamento da ação coletiva, bem como torna-se necessária a devida pertinência temática entre seus fins institucionais e o direito ou interesse em litígio.

Ressalta-se que quando a Administração Pública estiver em juízo para a defesa de interesse próprio, e em nome próprio, a ação será individual, e nesse caso a legitimação ativa será ordinária.⁶⁰

4.2.3.4 A legitimidade ativa dos sindicatos e associações

Para a defesa de interesses e direitos transindividuais, a legitimidade ativa dos sindicatos e associações é conferida pelo art. 129, §1º, da CF, combinado com os art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e art. 82 do CDC. Para tal legitimidade, como já comentado no item 3.4.3, essas entidades precisam atender a três requisitos cumulativos: 1) possuir a devida constituição nos termos da lei civil; 2) existência jurídica há pelo menos 01 (um) ano; 3) deve haver pertinência temática entre os fins institucionais do sindicato ou associação com o objeto da demanda coletiva.⁶¹

4.2.4 Litisconsórcio ativo formado por diferentes Ministérios Públicos

⁶⁰NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, pp. 435-437

⁶¹RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr, Fredie (ORG). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. -Salvador: Juspodivm. 2011, pp. 399-400

Pela previsão do art. 5º, §5º da Lei da Ação Civil Pública, é possível a formação de litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal, e dos Estados na defesa dos direitos transindividuais.

Certa corrente doutrinária defende que tal hipótese não configura litisconsórcio, tendo em vista que o Ministério Público é uno e indivisível. Por isso, argumento que se trata de representantes diferentes de um mesmo legitimado, o que permitiria sua presença na lide processual como representantes da mesma parte.

Em atenção ao art. 5º, § 2º da Lei da Ação civil Pública, há a possibilidade de o Poder Público ou outras associações legitimadas se habilitarem como litisconsortes ativos em qualquer demanda processual coletiva.

Conforme o entendimento doutrinário majoritário, é admitido o litisconsórcio ulterior, com a possibilidade de alteração ou ampliação da causa de pedir e do pedido, na medida em que sejam atendidos os limites temporais previstos no art. 329 do CPC. Também é aceito o ingresso de assistência litisconsorcial, hipótese de intervenção que não pode modificar o objeto processual.⁶²

4.2.5 O inquérito civil público

O inquérito civil público é uma espécie de procedimento administrativo de promoção exclusiva do Ministério Público e que se destina à obtenção de informações e elementos para formar o convencimento necessário para ensejar a propositura de ação civil pública. Surgiu com a própria Lei 7.347/1985, e sua utilização foi ratificada em sede constitucional:

Lei 7.347/1985

Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, pp.447-450.

Constituição Federal

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

São características do inquérito civil: 1) a instrumentalidade; 2) a exclusividade do Ministério Público; 3) a dispensabilidade; 4) a formalidade; 5) a publicidade; e 6) a participação.

A instrumentalidade decorre do fato de que o inquérito civil é um meio, um instrumento para constituir elementos de convicção para a propositura pertinente da ação civil pública.

É um instrumento exclusivo do Ministério Público, que auxilia reduzindo as possibilidades de improcedência de uma demanda coletiva eventualmente proposta pelo “parquet”.

A dispensabilidade significa que não é condição obrigatória para o ajuizamento, podendo ser dispensado quando o “parquet” já possuir indícios de materialidade e autoria suficientes para ensejar a justa causa da ação coletiva.

O inquérito civil é um procedimento formal, segue regras específicas quanto ao cumprimento de requisições, à instauração e a seu arquivamento. Tais regras não visam estabelecer entraves burocráticos. O objetivo principal desta formalidade é a preservação das garantias constitucionais, a fim de propiciar a legitimidade das provas colhidas e que eventualmente possam ser utilizadas na ação civil pública.

A publicidade do inquérito civil atende ao princípio constitucional da publicidade dos atos da administração pública (art. 37, da Constituição Federal). Sendo assim, o inquirido tem o direito de obter informações sobre a investigação ministerial em curso, quanto aos dados que digam respeito ao indivíduo em questão. Além disso, o ato de sonegação de informações sobre o conteúdo do inquérito civil ao investigado, pode constituir ato de improbidade administrativa, conforme o art. 11, inciso IV, da Lei 8-492/1992.

A característica da participação significa que qualquer pessoa do povo pode representar ao “parquet” solicitando que apure certa situação, podendo, inclusive, fornecer elementos ou dados necessários à instrução do inquérito civil. Quanto às garantias da parte investigada, a doutrina se divide quanto a possibilidade ou não de oferecimento do contraditório ao inquirido.⁶³

⁶³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. Ação Civil Pública. In: DIDIER Jr., Fredie (ORG.). **Ações Constitucionais**.

Consideramos que no inquérito civil não há uma relação processual, por que este procedimento é apenas um instrumento de coleta de provas e informações. Sendo assim, nesta fase de investigação ministerial, não haveria como oferecer o contraditório, por que ainda não há uma acusação formal, completa e constituída.

4.3 Mandado de Segurança Coletivo

O mandado de segurança coletivo é um instrumento processual coletivo que pode ser utilizado para defender ameaça ou lesão a direito líquido e certo, não abrangido por “habeas data” ou “habeas corpus”, decorrente de ilegalidade ou abuso de poder cometidos por agentes públicos ou autoridade pública. Refere-se exclusivamente à defesa de direitos coletivos ou direitos individuais homogêneos.

4.3.1 Desenho constitucional e infraconstitucional

O mandado de segurança individual e o coletivo constituem um direito e uma garantia fundamental, e estão regulados pela Lei 12.016/2009, em sede infraconstitucional. No caso do mandado de segurança coletivo, também incidem as demais regras que compõem o microsistema da tutela coletiva no ordenamento jurídico pátrio. A sua previsão constitucional e o seu cabimento estão inseridos no art. 5º, Inciso LXIX, da Constituição Federal.

Constituição Federal

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

Lei 12.016/2009

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la

por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

O mandado de coletivo é utilizado para a proteção de direito coletivo ou direito individual homogêneo, líquido e certo, sempre que a lesão ao ameaça a bem jurídico for causada por ilegalidade ou abuso de poder cometidos por autoridade pública de qualquer categoria, bem como pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

4.3.1 Legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo

A legitimidade ativa no mandado de segurança coletivo está prevista no art. 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, bem como no caput do art. 21 da Lei 12.016/2009.:

Constituição Federal

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

Lei 12.016/2009

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Neste rol de legitimados para o mandado de segurança coletivo, estão os partidos políticos, desde que tenham representação no Congresso Nacional e que a defesa do interesse ou direito coletivo ou individual homogêneo em questão tenham alguma relação com os interesses legítimos partidários ou de seus integrantes, e que sejam pertinentes com finalidade partidária. Este último requisito é semelhante à “pertinência temática” exigida para as associações, por exemplo, na propositura da ação civil pública. Entretanto, conforme o entendimento doutrinário majoritário, este requisito de pertinência temática para os partidos políticos não consegue ter força de norma restritiva, haja vista que os objetivos e interesses partidários, em geral, são muito amplos ou, ainda, podem ser resumidos em uma única

finalidade: o bem comum. No caso de haver perda superveniente da respectiva representação no Congresso Nacional pelo partido político, adota-se a regra existente em relação ao controle concentrado de constitucionalidade, por analogia, na qual considera-se que a perda superveniente de representação durante o curso da ação não pode acarretar a perda superveniente da legitimação.

A legitimidade ativa no MSC também é assegurada à organização sindical, à entidade de classe ou à associação, desde que sejam legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de direitos e interesses coletivos e individuais homogêneos de seus membros e de seus associados. E ainda, impõem-se a condição da pertinência temática entre o direito ou interesse defendido e as finalidades institucionais. Por se tratar de legitimação ativa extraordinária própria da tutela jurisdicional coletiva, logicamente está dispensada a autorização formal de seus membros ou associados para o ingresso em juízo em nome próprio.⁶⁴

4.3.2 A coisa julgada do mandado de segurança coletivo

Quando a demanda no mandado de segurança coletivo envolver direitos e interesses coletivos, a produção da coisa julgada terá efeitos “ultra partes”, ou seja, os efeitos da sentença somente serão aproveitados pelo grupo ou categoria tutelados na relação processual coletiva. E ainda, tais efeitos somente se operam “secundum eventum probationis”, o que significa que só haverá coisa julgada em definitivo se a sentença for prolatada com base em suficiência de provas, conforme o art. 103, inciso II do CDC.

Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada terá efeitos “erga omnes”, ou seja, poderá alcançar a todos os interessados na demanda que um tinham o mesmo interesse ou direito individual. Tal efeito “erga omnes” somente ocorrerá “secundum eventum litis”, ou seja, somente será estendido a todos os interessados se pedido do mandado de segurança coletivo for julgado procedente. A improcedência do pedido, por qualquer causa, neste caso, não fará coisa julgada coletiva. Se não houver provimento, não haverá formação de coisa julgada. Somente a procedência do pedido, beneficiando todas as

⁶⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, pp.232-234

vítimas e seus sucessores, faz coisa julgada “erga omnes”, no caso de interesses individuais homogêneos, conforme o art. 103, inciso III do CDC.⁶⁵

4.3.3 Demais aspectos

No mandado de segurança coletivo, pode haver pedido de concessão de tutela provisória de urgência ou cautelar, entretanto o juízo somente decidirá tal pedido liminar após a oitiva prévia do representante judicial do ente ou autoridade pública que está sendo demandada, conforme o teor do art. 22, § 2º da Lei 12.016/2009: “2o No mandado de segurança coletivo, a liminar só poderá ser concedida após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.”

Ressalta-se, ainda, com relação ao procedimento, que o prazo decadencial para a propositura do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, nos termos do art. 23 do mencionado diploma infralegal: “Art. 23. O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á decorridos 120 (cento e vinte) dias, contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado.”

⁶⁵NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017, pp.236-243

CONCLUSÃO

Atualmente, a discussão sobre a possibilidade de proteção dos direitos sociais através da tutela jurisdicional torna-se pertinente, principalmente diante do cenário de exclusão social e miserabilidade existente no país. E, por outro lado, pela ineficiência e aparente falta de compromisso dos Poderes Executivo e Legislativo em implantarem políticas públicas eficazes para a resolução destes problemas.

Logo, a questão principal deste trabalho foi analisar se é possível haver a efetivação judicial dos direitos sociais. E, sendo possível, qual seria o meio processual mais adequado para isso.

Inicialmente, para delimitar o objeto do estudo, foram analisados os direitos sociais e seu regime jurídico na Constituição Federal. Concluímos que os direitos sociais são direitos fundamentais, e como tais possuem aplicabilidade imediata e direta com base no texto constitucional. Além disso, os direitos sociais são direitos subjetivos, passíveis de serem exigidos em face do Poder Público e de particulares. E, ainda, em sua maioria, os direitos sociais são direitos prestacionais, ou seja, demandam o oferecimento de prestações estatais para serem usufruídos.

Atualmente, certa corrente doutrinária entende os direitos sociais como direitos subjetivos garantidos “prima facie”. Isto significa que, para serem considerados direitos subjetivos em definitivo precisam, inicialmente, serem submetidos a um processo de ponderação diante de cada caso concreto. Esta ponderação deve analisar por um lado as implicações dos princípios formais restritivos, como os princípios democrático e da separação de poderes, bem como os direitos fundamentais de terceiros; e, do outro lado, o direito material que está sendo reivindicado. Logo, os direitos fundamentais sociais são, em sua maioria, direitos subjetivos “prima facie”. Porém, ainda assim são vinculantes, necessitando apenas passarem pela ponderação para serem considerados direitos subjetivos definitivos.

Em conformidade com o direito constitucional contemporâneo, o “neoconstitucionalismo”, que, no Brasil, ganhou força após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fica evidente que o Poder Público tem o dever de efetivar os comandos e objetivos constitucionais, garantindo a efetividade dos direitos fundamentais, principalmente mediante a implementação de políticas públicas eficazes. A questão que se coloca é como reivindicar judicialmente os direitos sociais, diante da omissão ou ação insuficiente por parte da

Administração Pública.

Sendo assim, visando à efetivação dos direitos sociais, o ativismo judicial deve observar certos parâmetros de atuação, como a busca pela garantia do mínimo existencial (condições mínimas materiais para proteção e preservação da dignidade humana), observando as limitações decorrentes do princípio da razoabilidade e da “reserva do possível”. E, também, à luz do princípio da igualdade, torna-se essencial a análise sobre se seria possível a universalização do direito social vindicado.

Quanto ao ativismo judicial, sérias críticas são feitas pela opinião pública em geral. A principal delas questiona a legitimidade democrática do judiciário para a tutela dos direitos sociais, já que os juízes não são eleitos pelo voto popular. E, por outro lado, a definição e implementação de políticas públicas dependem das ações dos Poderes Executivo e Legislativo, cujos membros eleitos democraticamente representariam a vontade majoritária do povo. Entretanto, atualmente, vivemos uma crise de representatividade, na qual o povo não acredita ou tem pouca confiança em seus representantes políticos. Sendo assim, a legitimidade do Judiciário nesta seara reside em seu próprio dever de exigir o cumprimento das normas constitucionais, principalmente quando não há garantia das condições mínimas para a vida digna, o que pode colocar em risco a própria liberdade individual e o exercício da democracia. Além disso, é legítimo o controle do Executivo e do Legislativo pelo Judiciário, conforme a teoria de freios e contrapesos.

Uma série de outras críticas são feitas quanto ao controle jurídico e jurisdicional das políticas públicas, críticas que podem ser agrupadas nas seguintes categoriais: quanto à teoria da Constituição, filosóficas e de ordem operacional. Entretanto, estas críticas não podem ser desconsideradas, na medida em que são importantes para enriquecerem o debate sobre o tema. Todavia não constituem impeditivos para a ação aqui defendida, na medida em que, pelo lado da contra argumentação, até servem como justificativa para a defesa do ativismo judicial na efetivação de direitos sociais.

O estudo segue analisando qual o meio processual mais adequado para a defesa judicial dos direitos social. Com isso, percebe-se que as ações coletivas possibilitariam ao juiz perceber, com maior nitidez, o impacto financeiro de suas decisões sobre as finanças públicas, e desta maneira este poderia promover de melhor maneira uma justiça no caso concreto, pois estaria considerando a coletividade de indivíduos, o que poderia ensejar uma macrojustiça. O que diversamente correia o risco de não acontecer, se a demanda social estivesse sendo analisada numa ação individual, cuja sentença poderia eventualmente configurar um egoísmo

ou casuísmo.

Considerando as ações coletivas como instrumento mais adequado para a tutela dos direitos sociais, segue-se analisando, do ponto de vista do direito processual civil, o instituto da tutela jurisdicional coletiva, no modelo de ações coletivas, e o microssistema processual coletivo. Ressalta-se, ainda, algumas questões essenciais que distinguem a tutela coletiva da tutela individual, que são as seguintes: os tipos de direitos que são tutelados, a legitimidade ativa extraordinária, e o modo de formação da coisa julgada coletiva.

Quanto aos tipos de direitos objeto da tutela coletiva, estes são os direitos transindividuais, assim entendidos como os direitos difusos, direitos coletivos “stricto sensu” e os direitos individuais homogêneos. Em, em algumas situações, temos a tutela coletiva dos direitos individuais indisponíveis da criança e adolescente e dos idosos.

Quanto à legitimidade ativa extraordinária está é concedida a apenas alguns legitimados (o cidadão, o Ministério Público, associações, a Administração Pública, e a Defensoria Pública, e, uma especial legitimidade ativa no Mandado de Segurança Coletivo e na Ação de Improbidade Administrativa).

Quanto à formação da coisa julgada, há distinções em relação às ações sobre direitos difusos e coletivos, e às ações sobre direitos individuais homogêneos.

Por fim, são analisados os principais instrumentos processuais de tutela jurisdicional coletiva para a proteção dos direitos sociais, que são os seguintes: Ação Popular, Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo.

Por todo o exposto, conclui-se que é possível a haver a proteção judicial dos direitos social, mas esta não pode ser irrestrita, deve seguir critérios técnicos, coerentes e equânimes, sendo que a atitude judicial deve ser revestida de certa contenção, algumas questões devem ser observadas para tal intuito. Ressalta-se que a tutela jurisdicional coletiva torna-se o meio processual mais adequado para tal proteção, o que melhor atinge o objetivo da busca pela macrojustiça.

A efetivação judicial dos direitos sociais depende em grande medida de ações do Poder Executivo e do Poder Legislativo, que deveriam atuar de forma integrada, buscando sempre uma cooperação sistêmica, dentro de uma atuação eficiente, transparente, privilegiando o acesso à informação que possibilitem o fortalecimento dos mecanismos de controle social das políticas públicas, principalmente nas questões inerentes ao orçamento e ao investimento públicos.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Fernando Roberto Schonorr; MASS, Rosana Helena: O dever de proteção do Estado na Garantia dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade. **RBDP - Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais**, São Paulo, 2016, pág. 107, Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em julho de 2017

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – introdução**. 7º ed. São Paulo: Renovar, 2008, p.122-123

ARGENTA, Graziela; ROSADO, Marcelo da Rocha. Do Processo Coletivo das Ações Coletivas ao Processo Coletivo dos Casos Repetitivos: modelos de tutela coletiva no ordenamento brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, 2017, p. 244 e 255-256. Disponível em www.redp.uerj.br. Acesso em 20 de junho de 2017.

AZEVEDO, Júlio Camargo de. O microsistema do processo coletivo brasileiro: uma análise feita à luz das tendências codificadoras. **Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**; pp. 113-114; 2012.
Disponível em www.esmp.sp.gov.br/revista_ESMP/index.php/rjesmpsp/article/viewfile/43/26. Acesso em 05 de maio de 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2º Ed. - Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, pp-101-132.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **FGV - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240 (2005), p. 9-15. Disponível em www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620. Acesso em 11 de novembro de 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **FGV – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240. Abr/Jun 2005.
Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 20 de março de 2017

DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil - 10ª Ed –**

Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, v.4

DIDIER Jr, Fredie. **Ações Constitucionais**. (ORG.). 5ª ed. Salvador. Juspodivm, 2011

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito - Universidade de São Paulo**. v. 7, nº 7, 2010, pp-17-35. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>. Acesso em 20 de maio de 2017

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2014

LÉPORE, Paulo Eduardo. Direitos fundamentais e processo coletivo: a tutela jurisdicional como instrumento de efetivação de políticas públicas. **Ministério Público do Estado de Minas Gerais – biblioteca virtual**, Belo Horizonte, pág. 3, 2014. Disponível em <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/1199/DIREITOS%20FUNDAMENTAIS%20E%20PROCESSO%20COLETIVO.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 de março de 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**. 3ª Ed. - Salvador: Juspodivm, 2017.

NAHID, Maria Laura Timponi. Efetivação judicial dos direitos sociais. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11883. Acesso em 20 de setembro de 2017

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**, Volume Único - 3ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12ª Ed., São Paulo: Livraria do Advogado, 2015

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **STJ - Superior Tribunal de Justiça – Biblioteca Digital Jurídica**. Brasília, 2009. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>. Acesso em 11 de novembro de 2017

SARMENTO, Daniel. **Por um Constitucionalismo Inclusivo**: história constitucional

brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010, p. 186-187.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de promover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (ORG.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2^a Ed. - Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2010, pp- 51-62